القصد في العقود

تأثير القصد في تكوين العقد

دراسة مقارنة بين فقه الامامية وفقه العامة والفقه الوضعي

صادق طهوري

بسم الله الرحمن الرحيم

القصد في العقود

تأثير القصد في تكوّن العقد

دراسة مقارنة بين فقه الامامية وفقه العامة والفقه الوضعي

تأليف:

صادق طهوري

سرشناسه : طهوری (نوروزی)، صادق
عنوان و نام پدیدآورنده: القصد فی العقود تأثیر القصد فی تکون العقد دراسة مقارنة بین فقه الامامیة و فقه العامة والفقه الوضعی/ تألیف: صادق طهوری.
مشخصات نشر: تهران: سازمان انتشارات جهاد دانشگاهی، ۱۳۸۶.
مشخصات ظاهری: ۲۷۰ ص. شابک:3 023 294 964 978
وضعیت فهرستنویسی: فیپا
یادداشت: عربی
یادداشت: کتابنامه: ص (۲۶۵)، ۲۷۰ همچنین به صورت زیر نویس.
موضوع: قراردادها (فقه).
موضوع: نیت (فقه).
موضوع: عقود و ایقاعات- صیغه ها.
موضوع: نیت- صیغه ها.
موضوع: فقه تطبیقی.
شناسه افزوده: سازمان انتشارات جهاد دانشگاهی.
رده بندی کنگره: ۶ق۹ط / Bp۱۹۰
رده بندی دیویی: ۲۹۷/۳۷۲ شماره کتابشناسی ملی: ۱۱۱۹۸۸۳

سازمان انتشارات

القصد فی العقود

تأثیر القصد فی تکوّن العقد

دراسة مقارنة بین فقه الامامیة وفقه العامة والفقه الوضعی

تألیف: صادق طهوری (نوروزی)

ناشر: سازمان انتشارات جهاد دانشگاهی

نوبت چاپ: اول / ۱۴۲۸ هجری قمری

قیمت: ۳۵۰۰۰ ریال

لیتوگرافی : سپهر اسکنر قم

چاپخانه: سپهر قم

تعداد: ۱۰۰۰

شابک: ۳-۲۳-۰۲۴-۲۹۴-۹۶۴-۹۷۸

تلفن مرکز پخش: ۰۹۳۵۴۶۵۳۲۳۳

مقدمة الكتاب

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذى أوضح للأنام سُبُلَ الإكرام، و أفضل الصلاة و أتمّ السلام على سيّدنا محمَّدٍ، و على آله الكرام أعلام الأنام.

اما بعد فأن أرجحَ المطالبِ، و أربَحَ المكاسبِ، و أنجَحَ المَآرب هو العلمُ الذى يَمتازُ الإنسانُ بِه عن ذوى الجهالات و يُضاهى به ملائكة السماواتِ، وَ يَستَحِقّ به رفيعَ الدرجات؛ و الفقه من أشرف العلوم و أعلاها و أفضلها، و هو عبارة عن أحكام كليّة إلهية تتعلق باعمال العباد الجوارحية كما ان الأصول أحكام كليّة تتعلق بمدركات القلب و اعماله الجوانحية.

و هذه الأحكام لها الشرف و الفضيلة بعد أصول الدين و المكانة العليا و الخطر العظيم، لكونها أحكاما كلية سماويّة أنشأها الرب تعالى، وأوحاها الى أنبيائه و رسله، و أمرهم بإبلاغها الى جميع خلقه، وجعلها برامج عملية باوسع مداركها لعامة عباده، فى كل جيل طيلة حياتهم الدنيوية، و أنشأها بملاكات و مصالح تتضمن صلاح دنياهم، و هى فى نفس الوقت تتكفل سعادة آخرتهم و عقباهم، يشهد بذلک كله لحاظ عموم أحكامها، و شمول ابعادها، فقد أحاطت، بجميع ما يمكن ان يصدر من الإنسان من فعل و ترک،

فشملت وظائف الإنسان على اختلاف شؤونها، مما يرجع الى لحاظ حال كل فرد بنفسه و كيفية عشرته مع أسرته و عائلته و معاشرته مع مجتمعه و بنى نوعه، من الرجال و النساء و غير ذلک.

ووطدت دعائهما على أساس نظام اجتماعى دقيق، و وضعت للناس موازين يرجعون إليها فى تنظيم سوقهم، و تصحيح تجارتهم، كما يرجعون إليها فى تأدية عباداتهم لخالقهم جل و علا، و تنظيم سياستهم فيما بينهم، و فى سائر أمور معاشهم و معادهم. فأدرک رجال العلم أهمية فقه الإسلام و علو شأنه، فأتعبوا نفوسهم فى تنقيح قواعده، و تهذيب مداركه، و صنفوا فيه كتبا قيمة، فى مختلف العصور. ومن هذه الدعائم والعناصر الاصلية المبتنية عليها نظامات الاجتماعية مسئلة [القصد فى العقود] و سيتضح لک ان العقد هو من اطوار تجليات النفس و شؤونها كما سنحققه و ـ الكمال كل الكمال تهذيبها وتزكيتها لانها منشأ كل امر يصدر من الانسان والكلام فيه موكول الى محله وهو علم الاخلاق التوحيدى ـ فلذا كان للاسلام عناية خاصة بهذه المسئلة لانه يكون لها ربط وثيق بحرية الانسان وقصوده واكتفى فى الموارد الخاص بتحديد طليقته فى استجذاب منافعه وجلب الخيرات كيفما يريد ويقصد وان كان يجب سلوكيا ان يكون مقصد كل قصوده وافعاله ومنتها كل همّه واعماله ذات اقدسه جل وعلا فنعم ما قال: يا ايها الانسان انک كادح الى ربک كدحا فملاقيه.

فعلى اى حال ان الشارع المقدس جعل قوام العقد بالقصد كما هو دَيدن العقلاء فمصب القوانين التجارية ومحطّها القصد وشوؤنه وجوانبه ومحدّداته.

ولكن مع الاسف رغما لجهد الفقهاء العظام وجدهم وغورهم فى جوانب شتى وتدقيقاتهم القيمة لم يلاحظوا فى تاليفاتهم وتدويناتهم ـ و منها هذا المبحث ـ ملاحظة فنية فى كيفية ارائة تحقيقاتهم و المطالب العلمية التى وصلوا اليها مع تحمل المشاق الكثيرة.

وانى حين كنت مشتغلا ببحث المكاسب مع بعض الطلاب ـ حفظهم الله ـ عزمت على ان اكتب فى مسئلة القصد فى العقود وجيزةً لرفع هذه النقيصة، فانها مع كونها ذا اهمية كثيرة فى استنباط الاحكام ومع ان لها دور جادّ فى تحليل العقود فمع الاسف ما اتوا بها فى كتاب او رسالة متفردة مستقلة بل بحثوا عنها فى ابواب مختلفة فقهية بصورة ناقصة. فوضعناها في كتاب مستقل وبحثنا عنه بقدر وسعنا مع ملاحظة انظار العامة والخاصة من اعلامهم وجئنا بآراء المعاصرين متميزا و معنونا بعناوين كتبهم لاشخاصهم الامع خوف الالتباس وهو فى الاسامي المشتركة اشتراكا لفظيا مثل عنوان (حاشية المكاسب) المشترك بين الاعلام الكثيرة.

فصار ـ بعونه تبارک و تعالى ـ الكتاب بديعاً فى العنوان، جامعاً فى تفصيل المسائل و ترتيب الابواب مع رعاية الايجاز و مبتكراً فى تطبيق آراء فقهاء الامامية و العامة و المدنيين.

ويوّبنا الكتاب على هذه الصورة ذيلا:

١ - ١ المقصد الاوّل القصد في الانشاء

١ ـ ١ ـ ١ ادلة اعتبار القصد فى الانشاء ومتعلقاته

١ ـ ١ ـ ٢ ماهية العقد

١ ـ ١ ـ ٣ مفهوم القصد و محلّ لزوم اخذه فى مراتب العقد

١ ـ ١ ـ ٤ بعض مصاديق عدم القصد موضوعا

١ ـ ١ ـ ٥ اقسام عدم القصد حكما

١ ـ ١ ـ ٦ القصد الصرف يغنى من الانشاء؟

١ ـ ١ ـ ٧ القصد شرط فى نفس الصّيغة ام المتعاقدين

١ ـ ١ ـ ٨ التعليق فى الانشاء

١-١-٩ تعارض الإرادة الظاهرية و الباطنية

١ - ٢ المقصد الثاني القصد في الاركان

١ - ٢ - ١ مدى وجوب القصد؟

١ - ٢ - ٢ القصد فى المكره والفضولى

١ ـ ٢ ـ ٣ القصد والمالكان

١ ـ ٢ ـ ٣ـ ١ قصد المالكين مع تشخّص العوضين

١ ـ ٢ ـ ٣ـ ٢ قصد المالكين مع عدم تشخصّ العوضين

١ ـ ٢ ـ ۴ القصد والعوضان

١ ـ ٢ ـ ٥ القصد والموجب والقابل

١ ـ ٢ ـ ۶ تخلف العقد عن القصد

تذنيبان

١ ادعاء قصد خلاف ما دل عليه الفاظ العقد

الفقه الوضعى والقصد

تأثير القصد في تحقق أصل العقد

المقصد الأوّل

في

الانشاء

ادلة اعتبار القصد

استدل على اعتبار ان تحقق العقد تابع لتحقق القصد بتمامه و كماله بما يلي:

١ـ بالآية: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِىٓ أَيْمَـٰنِكُمْ وَلَـٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَـٰنَ﴾[١] وهذا هو ما استدل به صاحب المقابس[٢]

٢ـ بالتسالم بين الفقهاء و عدم الخلاف في ذلك بينهم حتى أرسلوه في كتبهم الفقهية إرسال المسلمات. واشار الى هذا الشيخ:

> **وإشتراط القصد بهذا المعنى ـ المذكور في كلامه الشريف ـ في صحّة العقد، بل في تحقق مفهومه ممّا لا خلاف فيه ولا إشكال[٣].**

٣ـ انتفاء الموضوع: لا شكّ في أنّ العقد الاصطلاحي من الإنشاءات و الإنشاء متقوم بالقصد فلا إنشاء بدون القصد. و عليه يقال بانصراف العقد الصحيح عن العقد الصادر بدون القصد و عدم انطباقه عليه قطعاً. وذلك من القضايا التي قياساتها معها،

---

١ ـ سورة المائدة (٥) آية ٨٩

٢ ـ *مقابس الانوار* : ١١٥

٣ ـ *المكاسب* ٣ : ٢٩٥

فإن جميع العقود والايقاعات من العناوين القصدية. ضرورة عدم كون التلفّظ به سبباً للعقد على كلّ حال حتّى لو وقع ممّن لم يرد العقد به فان تاثير الصيغة ليس تعبدا محضا كما قد يكون في اذكار الصّلوة و نحوها بل بالمعنى المقصود منه.

وكما عليه الايرواني حيث قال:

وإعتبارهذه القصود في صحّة المعاملات من القضايا التي قياساتها معها؛ فإنّ عناوين المعاملات عناوين قصدية فلولا هذه القصود لم يتحقق عنوان البيع و كذا عنوان الهبة والصلح ومعه لاترتب آثارها المرتبة عليها في الادلة الشرعية[١].

وتبعه في الاول والثاني صاحب كتاب البيع وفي الثاني صاحب نهج الفقاهة. واليک نصّهما مرتبين:

وذلک من القضايا التي قياساتها معها، فإن جميع العقود والايقاعات من العناوين القصدية، ولذا يقال: العقود تابعة للقصود[٢].

لا ريب في اعتبار القصد المذكور في ترتب الأثر على العقد كيف! وعنوان العقد من البيع وغيره من عناوين العقود قصديات لا يصح اعتبارها عند العقلاء إلا في ظرف قصدها[٣].

اقول: كفانا من الادلة مفهوم العقد كما قاله بعض اللغويين فانه هو العهد المؤكد والعهد أمر قلبي وإن كان له مبرز خارجي، كما أنهم في عقد البيعة كانوا يظهرونه، بل ينشؤونه بوضع اليد في يده وكان أمارة تعهده بأنه سلم لمن سالمه وحرب لمن حاربه. وفي الحقيقة العقد عبارة: عن تعهد الشخص مع اخر في أمر من الأمور وهو ينادي باعلى صوته ان قوام العقد بالقصد لا انه من شرائط صحته وبذلک يرد قول العامة من

---

١ ـ *حاشية المكاسب* للايرواني ٢ : ١٧٣

٢ ـ *كتاب البيع* ٢ : ٣٦٦

٣ ـ *نهج الفقاهة* : ٨٤

صحة وقوع القصد بعد العقد كما سياتى ولهذا قال صاحب القواعد الفقهية:

سواء أكان ذلک الامر من الأمور المالية كباب المعاوضات، أو أمرا اخر كما فى باب النكاح، حيث إن الزوجة تتعهد بان تكون زوجة، فإذا قبل الزوج تتم المعاهدة ويحصل ذلک الامر في عالم الاعتبار. فتترتب عليه آثاره، فنتيجة العقد حصول ما تعاهدا وتعاقدا عليه لان يترتب عليه آثاره.

ومعلوم ان حصول هذا المعنى فى عالم الاعتبار ـ سواء أكان اعتبارا شرعيا أم كان من اعتبارات العقلاء وأمضاها الشارع، أو لم يمضها كما فى باب بيع الغرر فان الشارع نهى عنه وإن كان العقلاء يقدمون عليه ويرتبون عليه الآثار فى بعض مراتب الغرر ـ لا يمكن الا بان يكون ذلک المعنى مقصودا للمتكلم والمنشئ حال انشائه وعقده باى لفظ كان. فكما ان صلاة الظهر والعصر مثلا لا توجد بصرف قراءة أربع ركعات من دون قصد كونها ظهرا أو عصرا وأمثال ذلک فكذلک عناوين المعاملات والمعاوضات لا تقع الا بالقصد والإرادة[1].

عدم ذكر القصد فى كلام الفقهاء فى تعاريفهم للعقود لايكون الا من جهة لزوم كونه ركنا ركينا للعقد ومقومه الذى لا يتحقق العقد بدونه فلذلک تريهم بعد تعريف كل عقد او ايقاع يذكرون فى عداد شرائطه القصد ـ خلافا للعامة ـ وان كا ن ديدنهم هذا من حيث ذكرهم القصد فى عداد بقية الشروط موردا للنظر والتامل لانه كان من مقومات العقد وعنصرا رئيسيا فبدونه لا يتحقق العقد وليس شانه كبقية الشروط.

٤ ـ الأصل: أنّ الأصل فى المعاملات الفساد، فخرج منه ما إذا ثبتت صحته كالعقد مع القصد و سائر الشرائط.

٥ ـ الاجماع: فى التذكرة ادعى الاجماع على ذلک. اقول: اما الاجماع هنا فغير حاصل وموجوده مدركى مع ملاحظة استدلالهم.

---

١ ـ *القواعد الفقهية* للبجنوردى ٣ : ١٣١

٦ ـ الآية: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[١] واستدل مقابس الانوار بهذه الآية[٢].

اقول: لا ربط لهذا الامر بالبحث بل انها مربوطة بالاكراه وشرطية الرضا وهو آخر مرتبة فى علل الفاعلى للعقد اللهم الا من جهة عدم صدق عنوان التجارة وهو الدليل الثانى فى ما مضى فلا احتياج لذكره هيهنا.

٧ ـ بالنبوى الوارد فى النّائم الذى ياتى فى المكره و ما روى فى سائر العقود و الايقاعات[٣].

٨ ـ بالنبوى: رفع عن امتى الخطأ و النسيان و ما استكرهوا عليه[٤]. لا ربط لهذا بالبحث بل انها مربوطة بالاكراه.

٩ ـ بالحديث: انّما لكل امرىء ما نوى. استدل به مقابس الانوار[٥]. وايضاً استدل فى فقه المعاملات بالخبر المشهور عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم قال: إنّما الأعمال بالنيّات[٦].

اقول: لا ربط لبحث النية بالقصد. لان العقد بدون القصد لايقع والحال ان هذا الحديث يقول بانه بدون النية لا كمال للاعمال ولعلّه لهذا قال صاحب القواعد الفقهية:

> قد يستدل لهذه القاعدة بأمور لا ينبغى ان يذكر أو يسطر، كقوله (ع): (إنما الأعمال بالنيات) وقوله (ع): (لكل امرء ما نوى) فعدم التعرض لها أولى[٧].

ولهذه الاهمية قرّر القصد فى مجلة احكام العدلية بصورة مادة قانونية فاليک نصه:

---

١ ـ سورة النّسآء (٤) الآية ٢٩

٢ الى ٥ ـ *مقابس الانوار* : ١١٥

٦ ـ *فقه المعاملات* : ٣٣

٧ ـ *القواعد الفقهية* للبجنوردى ٣ : ١٣١

(مادة ٢) الأمور بمقاصدها.[١]

و قال كاشف الغطاء فى شرحه:

ـ بعد ذكر احاديث التى مرت منا قبل اسطر ـ : و الغرض من هذه الأحاديث بيان وجه القصد لا بيان اعتبار القصد و لزومه إذ هو ضرورى من العقلاء و يستحيل صدور عمل من العاقل الغير الغافل بغير قصد[٢].

ومن مجموع هذه الادلة استنتج الفقهاء قاعدة تبعية العقود للقصود.

ولكن اقول: على فرض دلالة هذه الادلة اكثرها تكون دالة على تقوم عنوان العقد بالقصد وهو فى مرحلة الانشاء (والخلل فيه فى هذه المرحلة موجب لبطلان العقد) والحال ان قاعدة العقود تابعة للقصود تقول ان من شرائط صحة العقد تبعية العقد من القصد وهو بعد تحقق عنوان العقد وفى الواقع المحور فى هذه القاعدة القصد لا العقد (والخلل فيه فى هذه المرحلة موجب لجعل الخيار فحسب) ومحل بحثنا فى هيهنا العقد لا القصد يعنى ان القاعدة تدل على مقدار وجوب مراعاة جانب القصد فى العقد وهو بعد تحقق العقد وفى هيهنا نبحث عن المقدار اللازم من القصد لتحقق العقد، فعلى اى حال لا نسلم دلالة القاعدة على ما نحن عليه من لزوم القصد فى انشاء العقد فلذا قسمنا البحث عن القصد فى بابين:

١ ـ القصد المقوم لعنوان العقد وهو مدلول هذه الادلة.

٢ ـ القصد فيما زاد على تحقق عنوان العقد وهو مدلول قاعدة العقود تابعة للقصود.

ولكن خوفا من التطويل جعلناه مع موارد تخلف العقد عن القصد فى رسالة مستقلة.

---

١ ـ *مجلة احكام العدلية* نقلاً من تحرير المجلة ١٨ : ١

٢ ـ *تحرير المجلة* ١ : ١٨

ماهية العقد

قبل الورود بمبحث القصد مفصلا يجب البحث عن ماهية العقد وكيفية تحققه فنقول العقد امر نفسانى انشائىء ايجادى فبالارادة الباطنية تتحقق ولكن للتفاهم مع الطرف الاخر لابد من مبرز وكاشف ليحتج به عليها فلذا نقول بكفاية كل وسيلة تدل على قصد الانشاء وان كانت هذه الوسيلة والمبرز هى غير اللفظ مثل الاشارة والكتابة ولو من القادر على اللفظ ـ خلافا للمشهور ـ والفعل فى المعاطاة لان هذه المبرزات لا ربط لهما بالعقد الذى هو امر نفسانى لانه من حيث كون العقد هو امر انشائى ايجادى يوجد فى النفس وبعد الايجاد والانشاء فى النفس نخبر عنه والوسائل لا ربط لها بهذا الامر النفسانى بل هى يحكى عما فى النفس وما يوجد فيها فبصورة الآنى هذه الوسائل تدل على وجود هذا الانشاء فى النفس قبل هذه الحواكى تقدما رتبيا وهذا يكون خلافا لما يدل عليه صريحا المادة ١٩١ الفقه الوضعى كما سياتى فى فصل الفقه الوضعى والقصد من تقوم العقد بقصد الانشاء بشرط الدلالة عليه لانه تنص على ان: العقد يتحقق بقصد الانشاء بشرط اقترانه بشىء يدلّ على القصد[1] وخلافا لما يدل عليه

---

١ ـ *مجموعه كامل قوانين ومقررات حقوقى* : ٦٠

ظاهر كلام الشيخ من ان:

ومن جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذى يتلفّظان به.[١]

وهذا التحليل يكون خلافا لما يجعل الاخبار بما هو الاخبار كافيا لتحقق العقد لان القصد ليس امره كالرضا لكى نكتفى به اخبار ولو بعد تحقق العقد وبعد الاكراه الابتدائي الموجود فى حال العقد لان العقد هو امر تاسيسى ايجادى فهو كبناء يحدثه المتعاقدان مشتركا فى نفسهما وبالوسائل والحواكى يحكيان عن هذا البناء. وهذا موافق لنظر المشهور من جعل العقد امرا انشائيا وعدم كفاية الاخبار بما هو الاخبار.

وهذا يكون مخالفا لنظر الشهيد الاول فى قواعد والفوائد فانه بظاهره يدل على كفاية الاخبار والرضا الباطنى فانه قال فى قاعدة ـ ٤٥ فى جواب مسئلة الإقرار فى موضع يصلح للإنشاء هل يكون إنشاء؟

النص عن أهل البيت عليهم السلام: فى المطلق على غير السنة يؤتى بشاهدين، ثمَّ يقال له: هل طلقت فلانة؟ فإذا قال: نعم، تعتد حينئذ و فى خبر السكونى عن الصادق عليه السلام: فى الرّجل يقال له: هل طلقت امرأتک؟ فيقول: نعم.

قال: قد طلقها حينئذ. و هذا فيه احتمال: أن يقصد به الإنشاء. و كثير من الأصحاب جرى على الأول، و آخرون قيدوه بقصد الإنشاء، و إلا جرى على الإقرار، لأن الإقرار و الإنشاء يتنافيان، إذ الإقرار إخبار عن ماض، و الإنشاء إحداث. و لأن الإقرار يحتمل الصدق و الكذب، بخلاف الإنشاء.

و السر فيه: أن الإنشاء المراد به إحداث حل أو حرمة لإرادة المنشئ ذلک، و المخبر عن الوقوع فى قوة الراضى بمضمون الخبر، والعمدة فى العقود هو الرضا

---

١ ـ *المكاسب* ٣ : ٢٩٥

الباطني، والإنشاء وسيلة إلى معرفته، فإذا حصل بالخبر أمكن جعله إنشاء[١].

فان آخر كلامه وان كان موهما لكفاية الرضا الباطني والاخبار وهو قوله:

والمخبر عن الوقوع في قوة الراضي بمضمون الخبر والعمدة في العقود هو الرضا الباطني والانشاء وسيلة الى معرفته[٢].

فتوهم من لا خبرة له مخالفته للمشهور

و لكن النظر الى مجموع كلامه وعنوان القاعدة وهو ان: الإقرار في موضع يصلح للإنشاء هل يكون إنشاء؟

وتوجيهاته لكفاية الاخبار عن الانشاء من تقييد الاخبار بقصد كونه جاريا مجرى الانشاء او حكايته انا عن الانشاء ـ وهو ما نكون عليه ـ و لكن على اى حال، قوله في آخر كلامه من ان: الانشاء وسيلة الى معرفته. يدل على ان بنظره يكون الانشاء واجبا تبعيا لمعرفة الرضا الباطني ونحن نقول بكون الانشاء واجبا اصليا وموسسا لبناء العقد.

واضاف كلاما آخر كله يدل على ان نظره الشريف لم يتعلق باسقاط الانشاء من كونه ركنا ركينا للعقد وكفاية الاخبار بما هو الاخبار بل بما هو نائب مناب الانشاء واليک نصه:

أما المخبر بوجود ما يعلم عدمه، يحمل كلامه على الإنشاء صونا له عن الكذب. و حينئذ يتجه أن يقال: كل إقرار لم يسبق مضمونه يجعل إنشاء. و كذا كل إقرار سبق مضمونه للعالم بفساده. و كل إقرار سبق من معتقد صحته لا يكون إنشاء[٣].

---

١ ـ *القواعد والفوائد* ١ : ١٦٣

٢ ، ٣ ـ *السابق*

انظر كيف جعل الاقرار ـ الذى هو الاخبار بالاصالة ـ اذ لم يكن له ما بازاء خارجى انشاء وايجادا وهل هذا الا ما نكون بصدده وهو كون العقد امرا انشائيا وان كان يخالفنا من جهة انا نجعله دليلا انيا على وجود انشاء قبله وهو يجعله بنفسه انشاء.

وفى الختام يجعل هذا الامر معيارا لترجيح الارادة الباطنية على الارادة الظاهرية فى تحقق العقد وترجيح جانب القصد الواقعى ويحتاط تعبديا من حيث كون هذا النظرية تغنينا عن الصيغة وهو ادل دليل على كون العقد امرا انشائيا نفسيا والصيغة تكون حاكية عن هذا الامر النفسانى فاليک نصه:

و على هذا يمكن حمل مسألة المطلق على غير السنة، إلا أن فى هذا طرحا للصيغة الشرعية بالكلية. نعم يمكن نفوذ هذه القاعدة فى العقود الجائزة، إذ لا صيغ لها خاصة[1].

---

١ ـ *القواعد و الفوائد* ١ : ١٦٤

مفهوم القصد و محلّ لزوم اخذه في مراتب العقد

القصد المبحوث عنه فى هذا الكتاب هو الارادة والعزم الجدى على ايجاد حقيقة العقد فى وعاء الخارج وهو تحقق النقل والانتقال والتبديل والتبادل بين العوض والمعوض كل عقد بحسبه وهو يختلف عن القصد بمعنى الرضا الباطنى وان كانا احيانا فى متفاهم العرف مترادفين وايضا يختلف عن الغرض والداعي لانه فى لقصد المبحوث عنه في هيهنا امّا واجب ذاتاً فهو قصد ايجاد العقد بما ينشا به العقد يعنى الالفاظ او ما يقوم مقامها وهو كما سياتى المرتبة الثالثة من القصد يعنى قصد الوقوع من الانشاء ويتقدم عليه تقدّماً رتبيّاً قصد اللفظ وقصد المعنى.

وامّا واجب عرضاً وهو قصد المالكين فيما يكون تعيّن العوضين منوط به وكلّ ذلک سياتى مفصّلاً.

وامّا المعانى الاخر فى القصد فخارج عن محلّ البحث وموكول الى محلّه وهو القصد بمعنى الرضا وطيب النفس او الداعى الى ايجاد العقد فيبحث عنه فى الاختيار. وليس هو من مقوّمات العقد بل امر زائد عليه قال فى حاشية البيع والخيارات:

القصد يطلق على الرضا بما قصد إيجاده باللفظ، و يقابله المكره، فالمكره يكون فاقدا للقصد بهذا المعنى، و لكن هذا المعنى من القصد زائد على ما يتحقق به مفهوم العقد، فإن الإنشاء ليس هو إلا إيجاد المعنى باللفظ، و تحقق ذلک لا يتوقف على

أكثر من قصد المدلول من اللفظ. أما الرضا بذلك فهو أمر زائد على تحققه، فكون العاقد عاقدا لا يتوقف على أن يكون راضيا قلبا بما أوجده، و ذلک کسائر الأفعال الاختيارية الصادرة عن المريد بالاختيار و الإرادة، فإن عدم تحقق الرضا منه بفعله لا يخرجه عن كونه فاعلا بالاختيار، و موجدا لفعله، فلا بد أن يكون اعتبار هذا القصد بهذا المعنى بدليل آخر خارج، لا من حيث عدم تحقق العقد به[١].

والظاهر ان النائينى فى (المكاسب والبيع) ايضاً انكر كون القصدالذى بمعنى الداعى وطيب النفس من مقوّمات العقد وبتعبيره فى منية الطالب لزومهما تعبدیّ فی باب الاختيار والیک نصّه:

ممّا يطلق عليه القصد هو الداعى على إيجاد الفعل و بهذا المعنى يطلق قصد القربة فى باب العبادات بمعنى ان يكون الداعى على الفعل هو قصد التقرّب إليه سبحانه وتعالى لاغير، والقصد بهذا المعنى لا يكون من مقوّمات العقد ضرورة تحققه باستعمال اللفظ فى إيجاد المعنى الايجادى وإنشاء المعنى بآلة استعمال اللفظ فى معناه لو لم يكن لداع اصلاً.

وممّا يطلق عليه القصد هو الرضا بمضمون العقد وطيب النفس بما وقع الالتزام به[٢].

و جعل القصد فى هيهنا ايضاً المحقق الهمدانى مقابل طيب النفس فى مبحث الاختيار والیک نصه:

و ليس المراد من القصد هنا إرادة وقوع الأثر فى الخارج عن طيب النّفس حتّى يكون فى مقابل المكره، بل المراد منه أن يكون إيجاد العقد لأجل تحقّق ذلک الأثر فى الخارج، سواء كان راضيا بتحقّقه فى الخارج أم كارها، و لا منافاة بينهما كما لا يخفى على من له أدنى تأمّل[٣].

---

١ ـ *حاشية البيع و الخيارات* ١ : ١٠٠

٢ ـ *المكاسب والبيع* ١ : ٤٠٤

٣ ـ *حاشية المكاسب للهمدانى* : ١٦٠

اقول: والبحث عن كون القصد فى بحث الاختيار هل هو بمعنى الداعى ام بمعنى طيب النفس موكول الى بحث الاختيار ويتضح هنالك ان فى كلام الشيخ تناقض فهو عرف غاية لزوم القصد فى تحقق العقد ابتدائا بقصد الوقوع فى الخارج فسيأتى إن شاء الله وعرفه ثانياً بقصد وقوعه عن طيب نفس.

وامّا الشيخ الانصارى فبدون ورود بهذه المسئلة وتبيين القصد المبحوث عنه كما فعلنا قال:

ومن جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذى يتلفّظان به.[١]

و الغرض من القصد فى كلامه القصد الجدى ومن مدلول العقد هو الاركان لا الاحكام وآلاثار ومن العقد، العقد بحمل الشايع ومن شرطية القصد للعقد المتلفظ به اخراج صورة تاسيسية القصد للعقد وسياتى تفصيل كلّ هذه المذكورات.

وقال الشهيدى:

يعنى من القصد القصد الجدّى أى قصد تحقق مضمون العقد بإنشائه و جعل إنشائه وصلة إلى وجود المنشأ و تحقّقه[٢].

ولكن اقول ففيه: ان الشرط الحقيقى ليس هو قصد مدلول العقد بل العقد ليس الا القصد وانما الشرط كل الشرط هو كاشفية اللفظ ـ او ايّ وسيلة من الوسائل ـ عن القصد يعنى بعبارة اخرى ليس القصد المذكور فى هذه المرحلة من شرائط العقد بل من شرائط دلالة الالفاظ على القصد الحقيقى والواقعى الذى ليس العقد الاهو. والصحيح ان يقول الشيخ نحتاج للعلم بقصد المتعاقدين الى الوسائل الكاشفة النوعية كالالفاظ ودلالة هذه الوسائل منوطة بوقوعها عن قصد الى تحقق المدلول فالقصد فى

---

١ ـ *المكاسب* ٣ : ٢٩٥

٢ ـ *هداية الطالب الى اسرار المكاسب* ٢ : ٤٣١

هيهنا شرط مربوط بمبحث دلالة الالفاظ.

ولا يخفى ان قصد وقوع المدلول فرع قصد اللفظ وارادته وايضاً فرع قصد مدلول العقد ولتحقيق المطلب يجب بيان مسائل فنقول:

١ ـ موقع القصد ومحطه فى العقود يتصور فى موارد الذيل: ا ـ القصد الجدى الى الالفاظ والادات المستعملة. ب ـ استعمال الادات والفاظ الموضوعة للعقد المقصود. ج ـ قصد الاركان من المتعاملين والعوضين وتعيينه. د ـ قصد الخصوصيات الاخر.

والحق اختلاف ماهوى بين الاقسام من ناحية الحكم.

والقصد فى القسم الاول عبارة عن قصد انشاء العقد وهو الخارج عن القصد فى القسم الثالث والرابع لانه فى الاول من علل قوام العقد وتحققه ومرتبته قبل العقد والقسم الثالث والرابع مرتبتهما بعد هذا ومتاخر عنه رتبة. وان كان القسم الرابع غير دخيل اصلا فى تحقق اصل العقد.

والادلة ايضاً للزوم القصد مختلفة فبعضها مربوط بالقسم الاول وبعضها مربوط بالقسم الثالث والرابع وبعضها يصلح لكليهما.

٢ ـ هل العقد هو القصد الساذج المعبر عنه فى الفقه الوضعى الجديد بالارادة الباطنية او هو الالفاظ المستعملة والمنشاة بها المعبر عنه فى الفقه الوضعى الجديد بالارادة الظاهرية او المعلمة او هو القصد بشرط الاعلام به يعنى هو القصد والالفاظ او قل يعنى توافق الارادة الباطنية والظاهرية.

والظاهر هو القصد الساذج فيما بينه وبين الله ولكن فى موارد كونه ذا طرفين كالبيع فلا ضير الا من الرجوع الى ظواهر الالفاظ والكشف العرفى ـ سياتى فى علة الفرق بين البيع والطلاق ـ فلذا كان المهم لنا وسائل كشفه لموارد الدعوى وفى متعلق حق الغير ـ والا فمن حيث كون القصد امراً نفسياً فواضح لا غبار عليه ـ بل عند

الحجة والاحتجاج واقامة الدعوى نحتاج الى كشفه وماهو قالب له عرفاً وكاشف عنه اناً هو الالفاظ لان الالفاظ وضع من اول اليوم لكشف مقاصد البشرى ولا يقبل غيره الا باقامة البينة والشواهد والقرائن المشكلة قيامها على خلاف ما تلفظ به المتعاقدان.

وللقصد فى العقد ثلاث مراتب:

١ ـ قصد اللفظ

والى هذا اشار الشيخ فى كلامه:

فلا يقع من دون قصد إلى اللفظ، كما في الغالط[١].

٢ ـ قصد المعنى

والى هذا اشار الشيخ فى كلامه:

او قصد معنى يغاير مدلول العقد بأن قصد الاخبار أو الاستفهام[٢].

ولم يات بمورد عدم قصد المعنى اصلاً واكتفى بقصد معنىً مغاير للعقد.

ان قلت: كيف يمكن ان يكون المتعاقدان قاصداً للفظ او المعنى مع لزوم كون اللفظ والمعنى فى الاستعمالات مغفولاً عنه:

فاجاب عنه النائينى فى قصد اللفظ فى منية الطالب فقال:

القصد إلى اللفظ؛ لا بمعنى أن يكون اللفظ بالنظر الاستقلالي ملحوظاً؛ فانّ هذا خارج عن استعمال اللفظ في المعنى؛ فإنّ الاستعمال عبارة عن إلقاء المعنى باللفظ، فاللفظ غير منظور فيه وفان صرف، بل بمعنى أن لا يكون اللفظ صادراً عن غير الملتفت، و الغافل كالنائم والغالط؛ فإنّ اللفظ إذا صدر في حال النوم أوعلى غيرعمد بأن سبق اللسان إليه فلا أثر له[٣].

وايضاً اجاب النائينى فى قصد المعنى فى منية الطالب فقال:

١، ٢ ـ *المكاسب* ٣ : ٢٩٥

٣ ـ منية *الطالب* ١ : ٣٦٧

والمرتبة الثانية: أن يكون قاصداً للمعنى باللفظ، أى بعد كونه قاصداً لصدوراللفظ، كان قاصداً لمدلوله، لا بمعنى كونه قاصداً لاصل المعنى؛ فانّه بعد قصده اللفظ وعلمه بمعناه لايعقل عدم قصده معناه؛ فإنّ استعمال اللفظ عبارة عن إلقاء المعنى باللفظ، بل بمعنى كونه قاصداً للحكاية أو الايجاد، أى انّ داعيه على استعمال اللفظ فى المعنى الحكاية عن وقوع هذا المدلول فى موطنه من ذهن أو خارج، أو إيجاد المنشأ بهذا اللفظ الذى هو آلة لايجاده، فلو كان قصده الهزل واللعب فلا أثر له وفقد هذين المرتبتين فى الاخبار يوجب عدم صدق الحكاية عليها.

وأمّا فى المنشآت؛ ففى العقود يوجب عدم صدق عنوان العقد، وفى الاحكام يوجب عدم صدق الحكم الواقعى، بل يطلق عليه الحكم الصورى أو الهزلى أونحو ذلک من الدواعى[١].

اقول :وطريقته لتفسير قصد اللفظ والمعنى اوجب خروجه عن طريقة الشيخ فانه جعل المرتبة الثالثة فى كلام الشيخ تفسيراً للمرتبة الثانية وهو قصد المعنى.

وجاء مع هذا بامر عجيب للمرتبة الثالثة فى الانشائيات والاخباريات الذى يكون خارجاً عن مدلول الكلام وعن القصد المبحوث فى هيهنا وفى الواقع اكتفى بالمرتبتين للقصد فقال:

والمرتبة الثالثة فى الاخبار: ان يكون مدلول اللفظ مطابقاً لما يحكى عنه، والا يكون كذباً، وفي الانشاء ان يكون المنشأ متحققاً فى عالم الاعتبار، بان لايكون المبيع خمراً مثلاً.

ولا يخفى ان هذه المرتبة في الاخبار والانشاء خارجة عن اختيار المتكلّم؛ لانها امرخارجي، وليست من مدلول لفظه ايضاً[٢].

---

١ ، ٢ ـ منية الطالب ١ : ٣٦٧

والحال ان الشيخ جعل قصد وقوع مدلول العقد (الذى هو المرتبة الثانية فى كلامه) تفسيراً للمرتبة الثالثة بقوله:

او إلى المعنى لا بمعنى عدم إستعمال اللفظ فيه، بل بمعنى عدم تعلق إرادته (بوقوعه فى الخارج) وإن أوجد مدلوله بالانشاء، كما فى الامر الصورى فهو شبيه الكذب فى الاخبار، كما فى الهازل.

ثمّ ان الشيخ فرّع على عدم وقوع العقد بما قصد معناً مغايراً مع مدلول اللفظ بأن قصد إنشاء معنى آخركقصد إنشاء البيع فى ايراد الهيئة على مادة الهبة أو بالعكس.

والحال ان هذا خارج عن محل البحث لانا نبحث فى مراتب القصد الماخوذ فى الانشاء والمرتبة الثالثة منه هو قصد وقوع المدلول فى الخارج وهذا ليس له ربط بمغايرة القصد مع مدلول اللفظ بل هو مربوط بالبحث عن الصيغة.

واضاف الى هذا الشقّ مثالاً آخر حيث قال:

أو إنشاء معنى غير البيع مجازاً أو غلطاً، فلا يقع البيع لعدم القصد إليه ولا المقصود إذا اشترط فيه عبارة خاصة[١].

ويردّ عليه اولاً: كما صرّح به الطباطبائى:

هذا ليس من فروع المقام، كما هو واضح؛ فانّ القصد متحقق والمفقود هو الشرط الإخرالذى هو الصيغة الخاصّة[٢].

وكما قال النائينى ايضاً فى المكاسب والبيع:

وفيه: إنّ هذا لا يكون من متفرّعات إعتبار القصد فى العقد؛ ضرورة تحقق القصد المعتبر فى العقود بالمرتبتين الاوليين، فلا مانع فى مثله فى تحقق العقد و

---

١ ـ *المكاسب* ٣ : ٢٩٥

٢ ـ *حاشية المكاسب للطباطبائى* ٢ : ٤٧٦

صدق العقد على ما وقع، وانما الموجب لانتفاء الصحّة هو كون العقد بغير اللفظ الصريح، مع إعتبار الصراحة فيه، واشتراط أن لايكون بالالفاظ الكنائية، ولا بالالفاظ المجازية حسبما تقدّ م تحرير القول فيه[1].

وثانياً: يرد على آخر كلامه من انه (لا يقع المقصود اذا اشترط فيه عبارة خاصّة) لانا نقول هذا خلاف ما نحن عليه من قاعدة (تبعية العقود للقصود). الا ان يقول بقوله فيما بعد من انّه: العقود المصححة تكون تابعة للقصود ومع اشتراط عبارة خاصة تخرج من كونه مصححّة ولكن فيه: هذا اوّل الكلام، وكون ایّ قسم من اقسام القصد من اركان القصد معركة للآراء فمثلاً الإخوند الخراساني يعتقد بانّ العقد منوط بالقصد في المراتب الثلاثة حيث قال:

لا يخفى انّ كلّ واحد من القصد إلى اللفظ، والى المعنى الاستعمالى، والى هذا المعنى (اى الوقوع الخارجى) من مقوّمات العقد؛ لايكاد يتحقق بدون واحد منها؛ ومعه لا وجه لجعله باحد هذه المعاني من شروط المتعاقدين[2].

وظاهر عبارته الطعن على الشيخ فى جعل لزوم القصد فى المرتبة الثالثة فحسب.

ولكن نقول: لم يجعل الشيخ اياها منحصراً لمعنى وجوب القصد بل كما قلنا هذا غاية لزوم القصد و اتيانه مرتباً على القصدين الاولين وهو قصد اللفظ والمعنى.

فكما قلنا فيما مرّ: ان قصد وقوع المدلول فرع قصد اللفظ وارادته وايضاً فرع قصد مدلول العقد فذكر المرتبة الثالثة وهى قصد مدلول العقد يغنينا عن ذكر المرتبتين الاولين كما صرّح به الايروانى حيث قال:

المراد من القصد فى المقام، قصد تحقق مضمون المعاملة بانشائها على ان أتى

---

١ ـ *المكاسب والبيع* ١ : ٤٠٤

٢ ـ *حاشية المكاسب* للاخوند الخراساني : ٤٧

بالانشاء وسيلة و وصلة إلى تحقق المنشأ فى الخارج لا لدواعى آخر من السخرية والمزاح وأشباههما وهذا القصد يتوقف على قصدين سابقين عليه فكان إعتباره إعتبارا لذينک القصدين أيضاً[1].

و صرّح به الهمدانى ايضاً واليک نصّه:

لعدم معقوليّة كون المدلول مقصودا من غير كون الدّال كذلک كيف يعقل إرادة وقوع المدلول فى الخارج مع عدم ثبوت أصل المدلول أو قصده[2].

ولكن الاصفهانى يقول بمقالة الاخوند فى استنباطه من كلام الشيخ من جهة انّه اخذ القصد فى المرتبة الثالثة من العقد ولكن خلافاً للاخوند يويده فى هذا الامر ويقول بانّ موضع البحث فى المرتبتين الاوليين ليس فى هنهنا بل فى صيغة العقد ويستنبط هذا من كلام الشيخ حيث يقول فى ذيل كلام الاول للشيخ:

لابمعنى عدم استعمال اللفظ فى شيء، بل بمعنى عدم تعلق إرادته وان أوجد مدلوله بالانشاء.

وواضح انّ فى مرتبة الاستعمال ايضاً القصد لازم ومع كونه بنظره لازم قال الشيخ انه ليس محل الكلام[3].

وجعل الاصفهانى وضوح لزوم القصد فى الاستعمال الانشائى وعدم كونه محلاً للخلاف ولو ثبوتاً قرينة على كونه غير محل الكلام لانّ محلّ الكلام البيع بحمل الشايع لا البيع الانشائى حيث قال:

فانه من البيّن: انّ الاستعمال الانشائى، بل مطلقاً لا يتحقق بلا قصد قهراً وإن قلنا: بان الدلالة الوضعيّة غير تابعة للارادة، بل هذا القصد المبحوث عنه هو القصد المتقوّم به التسبيب باللفظ المستعمل فى معناه، أو بالتعاطى إلى إيجاد

---

١ ـ *حاشية المكاسب* للايروانى ٢ : ١٧٣

٢ ـ *حاشية المكاسب* للهمدانى : ١٥٨

٣ ـ *المكاسب* ٣ : ٢٩٥

الملكية حقيقة فهو مقوّم للبيع بالحمل الشايع، كما ان الاوّل مقوّم للبيع الانشائى[١].

ونحن نقول: هذا اذا قلنا كما سياتى انّ المعاطاة هى كلّ فعل اولفظ ـ غير الصيغة ـ يقوم مقام الانشاء ولا نقول بكفاية صرف الرضا والقصد فى البيع فانتظر ما سياتى فى آخر مبحث التنبيه الثامن من تنبيهات المعاطاة وتردد الشيخ فيه.

واضاف ـ قدس سره ـ: والسرّ فى التعرض لهذا القصد، دون القصد الاستعمالى: انّ إعتبار الصيغة يغني عن إعتبار القصد الاستعمالي حيث لا صيغة انشائية بلا قصد.

وجعل ذكره فى عدادشرائط الصيغة قرينة اخرى حيث قال:

ومنه يظهر: وجه جعله من شرائط المتعاقدين دون شرائط الصيغة كاللفظ والماضوية والعربية و أشباهها، حيث انّه ليس من شؤون الصيغة كالقصد الاستعمالى المقوّم لها، بل ممّا يعتبر فى البايع بالحمل الشايع كالبلوغ و طيب النفس[٢].

ولكن يرد عليه: ان كان القصد فى العقد على نظر الشيخ هو الماخوذ فى الرتبة الثالثة فلا معنى لاضراب الشيخ فيما بعد حيث يقول:

وإشتراط القصد بهذا المعنى فى صحّة العقد، بل فى تحقق مفهومه ممّا لا خلاف فيه ولا إشكال[٣].

وعدم تحقق المفهوم من خصائص البيع الانشائى لا البيع بالحمل الشايع كما قال الاصفهانى فيما مرّ حيث قال: «لا صيغة انشائية بلا قصد»[٤].

بل الحق ان القصد بجميع مراتبه فى اللفظ والمعنى والوقوع خارجاً يكون محل بحث الشيخ.

١، ٢ـ *حاشية المكاسب* للاصفهانى ٢ : ٢٩

٣ ـ *المكاسب* ٣ : ٢٩٥

٤ ـ *حاشية المكاسب* للاصفهانى ٢ : ٢٩

بعض مصاديق عدم القصد موضوعاً

اكتفى الفقه الوضعي لمصاديق عدم القصد ببيع السكران والنائم والمجنون والبيع الصوري بقصد الفرار من الدين فاليک نص مادة ١٩٥:

ان باع في حال السكر او النوم فالبيع بلحاظ فقدان القصد باطل[١].

والمادة ١٢١٣ تنص على ان:

المجنون المطبق والادواري ـ في حال جنونه ـ لايمكن له اي تصرف في امواله وحقوقه المالية ولو مع اجازة الولي او القيم. وليس ذلک الا من جهة كون قصده كلا قصد[٢].

وليس ذلک الا من جهة كون قصدهم كلا قصد و المادة ٢١٨ تنص على انه:

لو ظهر ان البيع وقع صوريا بقصد الفرار من الدين فالبيع باطل[٣].

ولكن في نص التعديل بتاريخ ٨/١٤ /١٣٧٠ (هـ . ش) قرر البيع ولكن جعله غير نافذ ويبدو ان هذا الاصلاح ينبعث من التهافت الموجود في المادة وهو الجمع بين عنوان الصورية و عنوان الفرار من الدين فان الاول يسبب بطلان البيع والثاني عدم نفوذه. وتفصيل الكلام ياتي في فصل القصد والفقه الوضعي.

---

١ الى ٣ ـ *مجموعه كامل قوانين ومقررات حقوقى* : ١٣٢

ولكن الفقهاء فصلوا في هذا المقام واجمال مرامهم (ره) ان عدم القصد اما ان يكون امرا عرفيا مترتبا على التكوين كالمجنون والنائم و الصبي و الغالط واما ان يكون حكما شرعيا مترتبا على جعل الشارع وحكومته في جعل قصده كلا قصد وهو فيما يكون مثلا جهة المعاملة غير مشروعة وسياتي تفصيله في مبحث القصد والفقه الوضعي.

و ابسط مقال في هذا الامر هو ما قاله الشيخ ومع لحاظ ان الشيخ اخذ متن كلامه من المقابس واضاف اليه نظراته فلمزيد الاستفادة ناتي بكلامهما ونقايسهما.

فاعلم: ان صاحب المقابس لم يقسم مراتب عدم القصد بعدم قصد اللفظ وعدم قصد المعنى وعدم قصد الوقوع كما فعل الشيخ بعده بل عبّر بدل عدم قصد اللفظ بعدم القصد اصلاً و جاء بالامثلة التي كانت في مبنى الشيخ وتقسيمه امثلة لعدم قصد اللفظ فقال صاحب المقابس:

لا ينعقد بيع من لا قصد له اصلاً كالنائم و لا بيع السّاهي و الغافل و الغالط.[1]

وهذا هو الذي في كلام الشيخ عبّر به بهذا:

فلا يقع من دون قصد إلى اللفظ، كما في الغالط[2]

والحق بعدم القصد ثلاث موارد فقال:

و يندرج في الثلاثة الاول من سبق لسانه الي اللفظ من غير شعور به او بمعناه مع كونه عالما به و من باع عبده المعين الموصوف مثلا زاعما ان لا عبد له فبان ملكه لعبد بالوصف او بدونه و من سبق لسانه الي قول بعت و هو يريد ان يقول وهبت او الي بعت الباب و هو يريد بيع الكتاب او الي بعت بضم التاء و هو يريد التلفظ بفتحها او نحو ذلک.[3]

---

١ ـ *مقابس الأنوار* : ١١٥

٢ ـ *المكاسب* ٣ : ٢٩٥

٣ ـ *مقابس الأنوار* : ١١٥

ولكن لم افهم كيف جعل القسم الثانى من لواحق عدم القصد اصلاً والحال ان فيه مضافاً الى انّ قصد اللفظ موجود بل فيه قصد المعنى ايضاً موجود.

قال الشيخ فى توصيف المرحلة الثانية:

لا يقع من دون قصد إلى المعنى لا بمعنى عدم إستعمال اللفظ فيه[١].

ومثّل لذلک فى المقابس بالمثالين:

والجاهل بالمعنى و الناقل للفظ[٢]

واضاف المقابس قسمين آخرين من عدم قصد المعنى ـ وكما قلنا لم يفصل بينه وبين عدم قصد الوقوع ـ واليک نصّه:

و المتواطى على ايجاد الصّورة لبعض الاغراض و المخاطب من قبل غيره و ان كان حاضرا عند الخطاب او وكيلا عن المخاطب او وليا عليه[٣].

وياتى هذا القسم فى الفصل الثانى من الكتاب وهو عدم قصد المالک الحقيقى.

وقال الشيخ فى توصيف المرتبة الثالثة وهى قصد الوقوع:

بل بمعنى عدم تعلق إرادته وإن أوجد مدلوله بالانشاء، كما فى الامر الصورى فهو شبيه الكذب فى الاخبار، كما فى الهازل[٤].

واستشكل الطباطبايى عليه فقال:

كيف يقول المصنّف: (إنّ الارادة غير موجودة)، مع اعترافه بأنّه أوجد مدلوله بالانشاء فتدبر[٥].

ولكن فيه: بل هو صورة الامر الانشائى يعنى فيه قصد اللفظ وقصد المعنى بدون

---

١ ـ *المكاسب* ٣ : ٢٩٥

٢ ، ٣ ـ *مقابس الأنوار* : ١١٥

٤ ـ *المكاسب* ٣ : ٢٩٥

٥ ـ *حاشية المكاسب* للطباطبائى ٢ : ٢٦

قصد الوقوع والانشاء الحقيقي. ولكن المقابس لم يبين هذا القسم وجعله من قسم عدم قصد المعنى. فلذا ما تبينت ان المقابس يجعل الهزل مثلاً من قسم عدم قصد المعنى ام من قسم عدم قصد الوقوع كما فعل الشيخ فلذا قال فقط: (و الهازل اللاعب بالكلام)

وللمقابس اضافة على كلام الشيخ في الهازل: (و ان وجه الخطاب الى من انشا القبول مع القصد) اقول: وهو لان عدم انعقاد العقد تابع لاخسّ المقدمات.

و قال المقابس: (قاصد الاخبار او الاستفهام) وقال الشيخ: (او قصد معنى يغاير مدلول العقد بأن قصد الاخبار أو الاستفهام) قال في المقابس:

و المتواطي على ارادة معنى بصيغة البيع غير الموضوع له سواء كان مناسبا له اولا و قاصد ذلک المعنى لها مطلقاً و ان كان اللفظ صريحا في معناه و لم يواط على خلافه[1].

وتبعه في ذلک الشيخ فقال:

أو قصد إنشاء معنى غير البيع مجازاً أو غلطاً، فلا يقع البيع لعدم القصد إليه ولا المقصود إذا اشترط فيه عبارة خاصة[2].

والحال هو خارج عن الموضوع.

انظار الفقهاء حول بعض مصاديق عدم القصد موضوعاً

ونحن لمزيد الاستفادة نفصّل ونبيّن انظارالشيخ والفقهاء حسب ما يلي:

١ ـ الكاذب = الاخبارالهزلي = الامر الصوري بنظر الشيخ

قال الطباطبايي في ردّه:

ممّا ذكرنا ظهر: أنّ قياسه بالكذب في الاخبارفي غير محله؛ إذ الاخبارأيضاً جد

---

١ ـ *مقابس الأنوار* : ١١٥

٢ ـ *المكاسب* ٣ : ٢٩٥

و هزل والاخبار كذباً إخبار جدى لا هزلى فتدبّر[١].

يعنى الامر الصورى = الاخبار الهزلى ولكن لا يساوى الاخبار الكذبى الذى هو = الاخبار الجدى.

وتبعه فى حاشية البيع والخيارات فقال:

أن قول الشيخ قدّس سرّه: ـ فهو (اى الامر الصورى) شبيه الكذب فى الإخبار ـ فى غير محله، بل إنما هو شبيه الهزل فى الإخبار[٢].

وصرّح بهذا النائينى فى المكاسب والبيع واليک نصّه:

إذاعرفت (ماذكرناه في التعليقة السابقة)، فاعلم: ان عبارة الكتاب فى المقام لا تخلو عن مساهلة، وذلک من جهة: تنظير انتفاء قصد المعنى فى الانشاء كالهازل بالكذب فى باب الاخبار وهذا أيضاً ليس بصحيح؛ حيث انّ فى الهزل لم يقصد إيجاد المعنى والمدلول بايراد الهيئة على المادة الموجب لانتفاء العقد بعدم قصده.

وهذا بخلاف الكذب؛ فإنّه عبارة عن عدم مطابقة المدلول مع المحكى عنه فى مقام الحكاية وهو خارج عن القصد والاختيار(كما هو مبنى الجمهور) و ليس مناط الكذب بأن يقصد عدم المطابقة ولا بأن لايكون فى مقام الحكاية(كما هو مبنى النظام) لما عرفت من: أنّ الخبريّة و الانشائيّة من المداليل السياقية، فإذا قصد اللفظ و استعمل المعنى بقصد الحكاية عن الواقع يتحقق الكذب إذا لم يكن مطابقاً مع الواقع بلا دخل فى كذبيّته على قصد اللافظ اصلاً.

وبعبارة أوضح: الهزل يقع فى الدرجة الثانية أعنى فى مقام عدم قصد إيجاد المعنى بالاستعمال والموجب لانتفاء الانشاء و الكذب يقع فى الدرجة الثالثة اعنى فى مقام عدم مطابقة الحكاية مع المحكى عنه بعد تحقق صدق الخبر عليه كما لايخفى.

فالاولى: تشبيه الهزل فى باب الانشاء بالهزل فى باب الاخبار و هو ما إذا لم

---

١ ـ *حاشية المكاسب* للطباطبايى ٢ : ٢٦

٢ ـ *حاشية البيع و الخيارات* ٢ : ٩٩

يكن المقصود فيه الحكاية عن الواقع اصلاً في مقابل الانشاء الذى انتفى فيه قصد إيجاد المعنى بآلة اللفظ والاستعمال[1].

ولتحقيق الكلام ناتي بكلام مختصر المعاني لسعد الدين التفتازاني:

اختلف القائلون بانحصار الخبر في الصدق والكذب في تفسيرها. فقيل: (صدق الخبر مطابقته) أي مطابقة حكمه (للواقع) وهو الخارج الذى يكون لنسبة الكلام الخبرى (وكذبه) أى كذب الخبر (عدمها) أى عدم مطابقته للواقع، يعنى ان الشيئين اللذين أوقع بينهما نسبة في الخبر، لابد وأن يكون بينهما نسبة في الواقع، أى مع قطع النظر عما في الذهن وعما يدل عليه الكلام فمطابقة تلك النسبة المفهومة من الكلام للنسبة التى في الخارج، بان يكونا ثبوتيتين أو سلبيتين صدق وعدمها، بان يكون إحديهما ثبوتية والأخرى سلبية كذب.

(وقيل) صدق الخبر (مطابقته لاعتقاد المخبر ولو كان) ذلک الاعتقاد (خطأ) غير مطابق للواقع (و) كذب الخبر (عدمها) أى عدم مطابقته لاعتقاد المخبر ولو كان خطأ، فقول القائل السماء تحتنا معتقدا ذلک صدق، وقوله السماء فوقنا غير معتقد كذب، والمراد بالاعتقاد الحكم الذهنى الجازم أو الراجح، فيعم العلم والظن. وهذا يشكل بخبر الشاک لعدم الاعتقاد فيه فيلزم الواسطة ولا يتحقق الانحصار، اللهم الا ان يقال انه كاذب لأنه إذا انتفى الاعتقاد صدق عدم مطابقة الاعتقاد والكلام في أن المشكوک خبر أو ليس بخبر مذكور في الشرح فليطالع ثمة.

(والجاحظ) أنكر انحصار الخبر في الصدق والكذب وأثبت الواسطة وزعم أن صدق الخبر (مطابقته) للواقع (مع الاعتقاد) بأنه مطابق (و) كذب الخبر (عدمها) أى عدم مطابقته للواقع (معه) أى مع اعتقاد انه غير مطابق (وغيرهما) أى غير هذين القسمين[2].

---

١ ـ *المكاسب والبيع* ١ : ٤٠٤

٢ ـ *مختصر المعانى* : ٣٠

فظهر من هذه العبائر مع طولها: ان كون الكذب فى الانشاء او الاخبار كالهزل يصدق اذا اخترنا مذهب من يقول: الكذب هو الانشاء على خلاف ما اعتقد لا على خلاف الواقع و هو مذهب الجاحظ والجمهور على خلافه وكما قلنا فيما مر ان الانشاء امر قلبي نفسانی والكذب في الانشاء يتصور على هذا المبنى.

ولكن كما جاء في كلام التفتازاني يشكل على مبني النظام ورود الشاک فی دائرة الكذب.

وجعل في الفقه الوضعي من مصاديق الكذب، كتابة ثمن المعاملة الاكثر او الاقل من مقدار الواقعى المعبر عنه بـ(موضوع التعهد) ، فراجع[1].

۲ ـ الهازل والمازح: يعتقد الطباطبايي وتبعه الشهيدى انّ فى المزاح والهزل القصد الى اللفظ والى المعنى موجود ولكن النايينى (فى المكاسب والبيع) يعتقد:

أنّ القصد فى مقابل الغالط معتبر فى قصد اللفظ فى مقابل الهازل فى قصد المعنى[2].

وصاحب الجواهر ايضاً يعتقد ان فى الهزل القصد الى اللفظ والمعنى موجود ولكن العمد والرضا فيه غير موجود واليک نصه

وبذلک ظهر لک أن بطلان طلاق الهازل لما عرفت لا لتخلف القصد إلى المدلول وإن قصد اللفظ، نحو ما سمعته من بعضهم في المكره، ضرورة تحقق القصد فيهما معا إلى المدلول، لكن على الوجه المزبور الذى لم يعتبره الشارع نصا وفتوى كما هو واضح[3].

وفيه: يستظهر من عبارته ان بنظره ان القصد هيهنا بمعنى الرضا والعمد ولكن

---

۱ ـ *مجموعه كامل قوانين ومقررات حقوقى* : ۸٦

۲ ـ *المكاسب والبيع* ۱ : ٤٠٤

۳ ـ *جواهر الكلام* ۳۲ : ۱۹

كما قلنا في اول الكتاب ليس البحث في القصد بهذا المعنى وهذا سهو في تعبيره بل مراده قطعاً قصد الوقوع في الخارج.

واليک نصّ الطباطبائي:

التحقيق: انّ الهازل قاصد للمعنى ومريد له، الا انّ غرضه من ذلک ليس وجود المدلول في الخارج، بل غرضه الهزل، كما في الاخبار الهزلي فإنّه إخبار حقيقة الا انّه ليس بجد، بل غرضه منه شيء آخر، كما في الامر الصوري بمعنى الارشادي؛ فإنّه أمر لكن الغرض منه الانتقال إلى أنّ في هذا مصلحة لا وقوع الفعل في الخارج.

ثمّ فكّک ـ قدس سره ـ بين ركنية القصد القائم به العقد في المرتبة الاولى والثانية وشرطية القصد في المرتبة الثالثة وفسّره بالغرض والجدية وهذا كان منشأ لاقوال المعاصرين من الترديد في جعل القصد شرطاً او ركناً واليک نصّه:

فالاولى أن يقال: يشترط مضافاً إلى القصد أن يكون جداً لا هزلاً، الا أن يقال: ان للارادة مراتب فمرتبة منها موجودة ومرتبة منها مفقودة[1].

وان ما يخطر ببالي هو،صحة قول الطباطبايي و الشهيدي.

واستظهر النائيني في المكاسب والبيع من كلام الشيخ انه جعل قصد اللفظ والمعنى على وزان واحد حيث قال:

إذا عرفت (ماذكرناه في التعليقة السابقة)، فاعلم: ان عبارة الشيخ في المقام لا تخلو عن مساهلة وهو من جهة جعله قدس سره قصد اللفظ و المعنى على وزان واحد؛ حيث فرّع على إعتبار القصد بأن لا يكون كالغالط والهازل، مع أنّک قد عرفت: التفاوت بينهما؛ من أنّ القصد في مقابل الغالط معتبر في قصد اللفظ في مقابل الهازل في قصد المعنى[2].

---

١ ـ *حاشية المكاسب* للطباطبائي ٢ : ٤٠٨

٢ ـ *المكاسب والبيع* ١ : ٤٠٤

والظاهر ان النايينى زعم ان بنظره الغالط = الكاذب = الهازل

والحال انه خلاف الظاهر بل وجه الشبه فقط من حيث عدم القصد لا من حيث مرتبة عدم القصد لانه فى الاول بنظر الشيخ فى مرتبة اللفظ وفى الثانية والثالثة فى مرتبة المعنى.

مضافاً الى استعارة الشيخ هذا المعنى من المقابس وهو ردفهما وان كان المفهوم من كلامه انه جعل الغالط من اقسام عدم قصد اللفظ والهازل من اقسام عدم قصد المعنى.

قال النائينى فى(المكاسب والبيع):

إذا عرفت (ما ذكرناه فى التعليقة السابقة)، فاعلم: ان عبارة الكتاب فى المقام لا تخلو عن مساهلة، وذلك من جهة: تنظير انتفاء قصد المعنى فى الانشاء كالهازل بالكذب فى باب الاخبار وهذا أيضاً ليس بصحيح؛ حيث انّ فى الهزل لم يقصد إيجاد المعنى والمدلول بايراد الهيئة على المادة الموجب لانتفاء العقد بعدم قصده.

وهذا بخلاف الكذب؛ فإنّه عبارة عن عدم مطابقة المدلول مع المحكى عنه فى مقام الحكاية وهو خارج عن القصد والاختيار و ليس مناط الكذب بأن يقصد عدم المطابقة ولا بأن لايكون فى مقام الحكاية لما عرفت من: أنّ الخبريّة و الانشائيّة من المداليل السياقية، فإذا قصد اللفظ و استعمل المعنى بقصد الحكاية عن الواقع يتحقق الكذب إذا لم يكن مطابقاً مع الواقع بلا دخل فى كذبيّته على قصد اللافظ اصلاً.

وبعبارة أوضح: الهزل يقع فى الدرجة الثانية أعنى فى مقام عدم قصد إيجاد المعنى بالاستعمال والموجب لانتفاء الانشاء و الكذب يقع فى الدرجة الثالثة اعنى فى مقام عدم مطابقة الحكاية مع المحكى عنه بعد تحقق الخبرصدق الخبر عليه كما لايخفى.

فالاولى: تشبيه الهزل فى باب الانشاء بالهزل فى باب الاخبار و هو ما إذا لم يكن المقصود فيه الحكاية عن الواقع اصلاً فى مقابل الانشاء الذى انتفى فيه

قصد إيجاد المعنى بآلة اللفظ والاستعمال[١].

والظاهر من كلامه التسوية بين الكذب والخطاء ولنحقق ما هو الحقّ في هذا الامر.

وجعل الشريف مرتضى محل البحث مع العامة في الهزل من لا قصد له لا من ليس له غرض حكمي فقال:

سلمناه (وقوع الطلاق هزلاً كما عليه العامة اذا كان) الهزل ليس هو الذى لا يقصد ولا يعتمد ولا نية لصاحبه، وإنما هو الفعل الذى ليس الغرض فيه صحيحا موافقا للحكمة، فإن اللاعب بالشطرنج وما جرى مجراها يسمى هازلا غير جاد، وإن كان ناويا قاصدا من حيث كان غرضه غير حكمي فكأنه أراد أن طلق وغرضه بالطلاق الذى قصده ونواه إضحاک ضاحک أو إرضاء من لا يجب إرضاؤه. فإن الطلاق يقع ويكون في حكم الجد في الوقوع واللزوم وإن كان هزلا من حيث فقد الغرض الحكمي[٢].

٣ ـ اللاغي: وهو بنظر الهمداني في مرتبة المعني القصد غير موجود فقال:

فخرج ما إذا لم يكن المعنى مقصودا أصلا، كما في اللاغي[٣]

٤ ـ الغالط في اللفظ اوسبق اللسان: قال الايرواني بانّ القصد في مرتبة اللفظ غير موجود فقال:

القصد إلى اللفظ مقابل الغالط في اللفظ بسبق لسان ونحوه[٤].

وكما قلنا انتسب النايينى في (المكاسب والبيع) الى الشيخ كون قصد اللفظ والمعنى على وزان واحد فاستشكل عليه بقوله:

---

١ ـ *المكاسب والبيع* : ٤٠٤

٢ ـ *الانتصار* : ٣٠٤

٣ ـ حاشية *المكاسب* للهمداني : ١٥٨

٤ ـ حاشية *المكاسب* للايرواني ٢ : ١٧٣

إذاعرفت (ما ذكرناه في التعليقة السابقة)، فاعلم: ان عبارة الشيخ في المقام لا تخلو عن مساهلة وهو من جهة جعله قدس سره قصد اللفظ و المعنى على وزان واحد؛ حيث فرّع على إعتبار القصد بأن لا يكون كالغالط والهازل، مع أنّک قد عرفت: التفاوت بينهما؛ من أنّ القصد في مقابل الغالط معتبر في قصد اللفظ في مقابل الهازل في قصد المعنى[1].

وقال الشهيدى: القصد اللّفظي أي القصد إلى اللّفظ المنشإ به المعاملة مقابل ألفاظ بسبق لسان مثلا.

ولكن خلافاً لهم قال الشهيد الثاني في شرح اللمعة:

لا عبرة بعبارة الساهي، والنائم، والغالط (في الطلاق) والفرق بين الأول والأخير: أن الأول لا قصد له مطلقا والثاني له قصد إلى غير من طلقها فغلط وتلفظ بها. ومثله (اي الغالط) ما لو ظن زوجته أجنبية بأن كانت في ظلمة، أو أنكحها له وليه، أو وكيله ولم يعلم، ويصدق في ظنه ظاهراً[2].

و يظهر من عبارته انه اعتقد القصد في الغالط في مرتبة اللفظ خلافاً لهولاء الاعلام.

ولكن ما ادرى في مثاله اى قصد فقد لان القصد بمراتبه الثلاثة يعنى في اللفظ والمعنى والانشاء موجود والغلط والخطاء في التطبيق و جهة الخطاب.

وهل الواجب في وقوع الطلاق صحة الخطاب الى من وجهت اليها فهذه مسئلة اخرى غير ما نحن فيه.

جعل الشهيد الثاني في مسالک الأفهام الغلط عدم قصد المعنى لا اللفظ بخلاف النائم والساهي المتخلف فيهما عدم قصد اللفظ والمعنى معاً بقوله:

---

١ ـ *المكاسب والبيع* للنايينى : ٤٠٤

٢ ـ *شرح اللمعة* ٦ : ٢١

قد يكون متخلفا عنهما معا، كالنائم تجرى كلمة الطلاق على لسانه، ومثله الساهي.
وقد يكون القصد متخلفا عن المعنى دون اللفظ كالغالط. بأن سبق لسانه إلى لفظ الطلاق في محاورته وكان يريد أن يتكلم بكلمة أخرى. فإنه لا يقع طلاقه، لعدم القصد إلى معناه[1].

ورد عليه الشيخ الجواهرى في جواهر الكلام فانه بخلاف الشهيد قائل بان الغالط الذى هو في الحقيقة لم يقصد اللفظ ولا المعنى، لأنه أراد أن يقول مثلاً: أنت طاهرةً فسبق لسانه فقال:

طالق فما في المسالک ـ من الفرق بينه وبين الأولين بأنه قد تخلف فيه قصد المعنى دون اللفظ بخلاف الأولين الذين تخلفا معا فيهما ـ لا يخلو من نظر إن أراد قصد خصوص لفظ الطلاق[2].

وجعل النووى الشافعى من سبق لسانه إلى لفظ الطلاق في محاورته، وكان يريد أن يتكلم بكلمة أخرى، لم يقع طلاقه، لكن لا تقبل دعواه سبق اللسان في الظاهر إلا إذا وجدت قرينة تدل عليه. فإذا قال: طلقتک، ثم قال: سبق لساني وإنما أردت: طلبتک، فنص الشافعي أنه لا يسع امرأته أن تقبل منه.

ولو كانت زوجته تسمى طالقا، وعبده يسمى حرا، فقال لها: يا طالقا، ويا حرا فإن قصد النداء، فلا طلاق ولا عتق. وإن قصد الطلاق والعتق، حصلا.

ولو كان حروف اسم امرأته تقارب حروف طالق، كطالع وطالب، وطارق، فقال: يا طالق، ثم قال: أردت أن أقول: يا طارق، أو يا طالع فالتف الحرف بلساني، قبل قوله في الظاهر لظهور القرينة. ومن صور سبق اللسان، ما إذا طهرت من الحيض أو ظن طهرها، فأراد أن يقول: أنت الآن طاهرة، فسبق لسانه، فقال: أنت الآن طالقة.

---

١ ـ *مسالك الأفهام* ٩ : ٢٤

٢ ـ *جواهر الكلام* ٣٢ : ١٨

وخلط الشيخ فاضاف قسماً آخر وهو: أو (قصد) إنشاء معنى غير البيع مجازاً أو غلطاً[١].

هذا كله في مصداقية الغلط في التعبير وبين الامامية والعامة في حكمه خلاف فسياتي في مبحث حكم القصد وايضا ياتي لبحث الغلط في القصد تفصيل في مبحث القصد والفقه الوضعي فانتظر كلا البحثين.

٥ ـ المستهزء: يقصد وقوع المعني و تحقّقه في الخارج، فيخرج من لم يقصد كذلك، كما في المستهزء حيث يقول «بعت» و يريد منه مدلول اللّفظ، و لكنّه لا يقصد تحقّقه في الخارج، نظير الأمر الصّوري، فهوَ شبيه الكذب في الأخبار. قال الهمداني :

و ثالثها: أن يقصد وقوع المعنى و تحقّقه في الخارج، فيخرج من لم يقصد كذلک، كما في المستهزء حيث يقول «بعت» و يريد منه مدلول اللّفظ، و لكنّه لا يقصد تحقّقه في الخارج، نظير الأمر الصّوري، فهو شبيه الكذب في الأخبار[٢].

٦ ـ الامر الصوري و الامر الارشادي: بنظر الشيخ ان الكذب = الهزل = الامر الصوري

وقال الهمداني:

أن قول الشيخ قدّس سرّه: ـ فهو شبيه الكذب في الإخبار ـ في غير محله، بل إنما هو شبيه الهزل في الإخبار[٣].

واستظهر في فقه المعاملات، من كلام الشيخ ان الامر الصوري = الكذب فقال: و قد نظّر شيخنا المرتضى ـ قدّس سرّه ـ الاستعمال الخالي عن الجدّ في الإنشاءات بالكذب في الإخبارات، فإنّ الكاذب يقصد اللفظ و يقصد المعنى بحسب الاستعمال،

---

١ ـ *المكاسب* ٣ : ٣٠٠

٢ ـ راجع *حاشية المكاسب* للهمداني : ١٥٨

٣ ـ *حاشية المكاسب* للهمداني : ١٥٨

يعني يلاحظ معنى زيد قائم مثلا مطابقا للفظه و يعطى كلّ لفظ معناه لكن ليس له الجدّ في هذا المعنى، أعني: وقوع نسبة القيام إلى زيد في الخارج.

اقول: بل له الجدّ في القاء ان هذا المعنى في الخارج واقع والفرق بينه وبين الخطاء ان في الكذب يعلم المتكلم عدم الوقوع وفي الخطاء والاشتباه لايعلم بعدم المطابقة.

ولكن رد عليه فقال:

و لا يقابله الكاذب، و ذلك لأن الإنشاء و الإخبار يشتركان في جهة، و هي إيجاد المعنى باللفظ و إنشاؤه، و يزيد الإخبار بقصد الحكاية عن الواقع، فإن طابق مدلول الذي أوجده باللفظ الواقع، فهو صدق، و إلا فكذب، فالكذب إنما هو في هذه المرحلة التي ليست للإنشاء.

و باعتبار المرحلة المتقدمة ينقسم كل من الإنشاء و الإخبار إلى الجد و الهزل، فكون المتكلم غير قاصد لمدلول اللفظ، سواء كان في الإخبار أو الإنشاء لا يسمّى كاذبا، و إنما يسمى هازلا أو قاصدا لغير مدلول اللفظ الظاهر منه. فيعلم من هذا: أن قول المصنف قدّس سرّه: ـ فهو شبيه الكذب في الإخبار ـ في غير محله، بل إنما هو شبيه الهزل في الإخبار[١].

وردّ عليه النائيني في (منية الطالب) ايضاً فقال:

قد ظهر ممّا ذكرناه (في التعليقة السابقة) ان قياس الامر الصوري على الكذب في الاخبارلا وجه له؛ لانّ الكذب مرتبة ثالثة في الاخبار، والامرالصوري يشبه الهزل في الاخبار؛ لانّه لم يقصد به البعث نحوالمطلوب، وهكذا في العقود لو لم يقصد إيجاد المادة بالهيئة؛ بل قصدالهزل ونحوه، فحكمه حكم الهازل في الحكاية. وشبيه الكذب في الاخبارمنحصر في الانشاء في عدم وقوع المنشأ في عالم الاعتبار وعدم المطابقة في الاخبار كعدم وقوع المنشأ في الانشاء كلاهما

---

١ ـ *فقه المعاملات* : ٣٣

خارجان عن مدلول اللفظ وإمكان القصد إليه[١].

وقال الطباطبائي:

الامر الصوري كالمجنون و السكران و من زال عقله بإغماء أو نوم أو شرب مرقد[٢].

كمن يفر من الرسوم والنفقات يوقع الهبة بصورت البيع فهو هبة واقعا وهذا يعبر عنه بعنوان اخفاء ماهية المعاملة

وكالمتهب الذى امر ان يتهب الموهوب الى الشخص الآخر والمقصود الواقعي هو هذا الشخص الثالث

ولذا نعتقد ببطلان حيل الربا كلها فجاء في قانون اصول المحاكمات المادة ٧١٩:

ان وقعت المعاملة الواقعية فاسدا وممنوعا فالعقد الصورى لا يصححه مثل شخص يوجد عقد القرض بصورة بيع الشرط او الصلح او الاجارة.[٣]

٧ ـ النائم

٨ ـ الساهي: كما مر في الغالط قال الشهيد الثاني في شرح اللمعة:

لا عبرة بعبارة الساهي، والنائم، والغالط (في الطلاق) والفرق بين الأول والأخير: أن الأول لا قصد له مطلقاً ـ ومن هذا التعبير يظهر صحة الحاق المهمل بالساهي والنائم كما نحن عليه. ـ والثاني له قصد إلى غير من طلقها فغلط وتلفظ بها[٤].

وكما مر في الغالط رد على هذا الفرق صاحب الجواهر.

وفي المسالك ايضاً قائل بهذا بقوله:

---

١ ـ *منية الطالب* ١ : ٣٦٧

٢ ـ *السابق* ٢ : ٣٦٧

٣ ـ *حقوق مدنى قواعد عمومى قرار دادها* ١ : ٢٢٥

٤ ـ *شرح اللمعة* ٦ : ٢١

القصد قد يكون متخلفا عنهما معا، كالنائم تجرى كلمة الطلاق على لسانه، ومثله الساهي[١].

وجعل النووى النائم غير قاصد لحروف الطلاق وتجرى كلمة الطلاق على لسانه. ولو استيقظ نائم، وقد جرى على لسانه لفظ الطلاق فقال: أجزت ذلک الطلاق أو أوقعته، فهو لغو[٢].

واضاف المبرسم والمغمى عليه كالنائم.

والثمرة تظهر فى القصد بعد النوم فقال الشهيد فى مسالک الأفهام: .

ولو استيقظ النائم وقد جرى لفظ الطلاق على لسانه فقال: أجزت ذلک الطلاق أو أوقعته، فهو لغو[٣].

وهذا بخلاف قول الاحناف كما سياتى من ان مع لحوق القصد يصحح العقد

٩ ـ اللّفظ المهمل

١٠ ـ عدم الاستعمال: و كذا مع العمد و القصد إليه لكن مجرّدا عن الاستعمال، كما فى ما يلقّن الصبى مثلاً[٤].

وقال فى كتاب البيع يحترز به عن اللّفظ المهمل و ما إذا كان نظر المتكلم الى نفس اللّفظ، كقولنا: ضرب فعل ماض، فانّ الموضوع فيها نفس اللّفظ، دون معناه[٥].

١١ ـ قصد الاخباروالحكاية التصورية او الاستفهام من الانشاء: قال الهمدانى:

فخرج ما إذا كان غير معناه الإنشائى مقصودا، بأن قصد منه الإخبار أو

---

١ ـ *مسالك الأفهام* ٩ : ٢٤

٢ ـ *المجموع* ١٧ : ٥٨

٣ ـ *مسالك الأفهام* ٩ : ٢٤

٤ ـ *كتاب البيع* للأراكى ١ : ٢١٢

٥ ـ *البيع* للكوهكمرى : ٢٣٢

الاستفهام، أو إنشاء معنى غير مدلول اللفظ مجازا أو غلطا[1].

قال الشيخ:

او قصد معنى يغاير مدلول العقد بأن قصد الاخبار أو الاستفهام [2].

مسئلة:هل قصد الاخبار والانشاء من مداليل العقد او هو من الدواعي؟

استظهر الشهيدى من عبارة الشيخ: ان مراده أنّ الإخبار و الإنشاء من المعانى المستعمل فيها الألفاظ لا من دواعى الاستعمال.

ثم علق عليه بانه: هو خلاف التّحقيق كما قرّر فى محلّه[3].

ولكن صرّح النائينى فى المكاسب والبيع:

بانه: قد حقّق فى محلّه: انّ الانشائية والاخبارية انما هى من المدلولات السياقيّة؛ بمعنى كون الكلام تارة مسوقاً فى مقام الحكاية عن تحقق مدلوله فى موطن تحققه، واخرى يكون مسوقاً فى مقام إيجاد مدلوله باستعماله و الاوّل إخبار والثانى إنشاء و الاخبار و الانشاء ليسا مدلولي اللفظ بحيث استعمل اللفظ فيهما فهما خارجان عن المستعمل فيه[4].

وقال فى منية الطالب:

ولا يخفى أنّ كون الجملة مفيداً للانشاء، أو الاخبار إنما هو باقتضاء المقام ومن المداليل السياقية؛ فانّ لكلمة «بعت» معنى إذا كان المتكلم به فى مقام الحكاية يكون إخباراً و إذا كان فى مقام إيجاد المادة بالهيئة يكون إنشاء وهكذا

---

١ ـ *حاشية كتاب المكاسب* للهمدانى : ١٥٨

٢ ـ *المكاسب* ٣ : ٢٩٥

٣ ـ *هداية الطالب الى اسرار المكاسب* ٢ : ٤٣١

٤ ـ *المكاسب والبيع* للنائينى ١ : ٤٠٥

سائرالصيغ القابلة للمعنيين[1].

وتبعه الكوهكمرى في كتاب البيع فقال:

قصد إنشاء البيع باللّفظ فانّ البيع من الأمور الإيجادية و الإنشائية في الخارج، فلا محالة يكون إنشائه بالعقد و إيجاده به مشروطا بقصد إيجاده به ضرورة عدم تحقق الإنشاء إلاّ بالقصد[2].

نعم بناء على ما ذهب اليه بعض، من عدم كون البيع من الأمور الإيجادية، يكفي في تحققه مجرد وجود اللّفظ الكاشف، و ان لم يقصد به الإنشاء.

وقد يقال إن قصد اللفظ لمعناه لاخراج العجمى إذا لقن دال الطلاق وهو لا يعرف معناه.

قال الشهيد الثانى في مسالك الأفهام:

وفي معنى الساهي من يحكي لفظ الغير، مثل أن يقول: قال فلان: زوجتي طالق. وكذا الفقيه إذا كان يكرر لفظ الطلاق في تصويره وتدريسه. ومن صور سبق اللسان ما إذا طهرت امرأته من الحيض أو ظن طهارتها فأراد أن يقول: أنت الآن طاهرة، فقال: طالقة[3].

وصاحب حاشية البيع والخيارات غفل عن هذا القسم ولم يات بها قسما مستقلا وجاء به تحت هذا القسم وهو قصد الايجاد به او الحكاية به والكذب هو داخل في هذا القسم بخلاف الهزل فانه داخل في القسم الثانى فانه قال:

و الحاصل أن القصد بهذا أيضا معتبر في العقد، فلا يكون العاقد عاقدا بدون قصد مدلول اللفظ المراد إيجاده، لقوام الإنشاء بهذا القصد، و هو قصد إيجاد المعنى جداً[4]

---

١ ـ *منية الطالب* للنائيني ١ : ١٧٦

٢ ـ *كتاب البيع* للكوهكمرى : ٢٣١

٣ ـ *مسالك الأفهام* ٩ : ٢٦

٤ ـ *حاشية البيع والخيارات* ١ : ١٠٠

وقال الايروانى:

ومن ذلك (القصد إلى المعنى باستعمال اللفظ فيه مقابل المتجوّز) من لم يكن قاصداً بالصيغة الاخبار، فاذا تحقق هذان القصدان، ثمّ انضمّ إليهما القصد الثالث ـ الذى أشرنا إليه ـ صحّت المعاملة وإلا فلا[١].

وجعل النووى الحاكى لطلاق غيره، كقوله: قال فلان: زوجتى طالق. والفقيه إذا كرر لفظ الطلاق في تصويره وتدريسه وتكراره، لا طلاق عليه[٢].

١٢ ـ المجاز: قال الايروانى:

(يجب) القصد إلى المعنى باستعمال اللفظ فيه مقابل المتجوّز[٣].

قال الشهيدى:

(يجب) القصد إلى استعمال اللّفظ فى مدلوله الحقيقى قبال التّجوّز[٤]

وبين ذلك صاحب كتاب البيع فقال:

استعملها فى المعانى التصديقية، لكن لم يكن جده تحقق مدلول العقد، كالمستعمل مجازا أو كناية، بناء على ما هو التحقيق من استعمال الألفاظ فى معانيها الحقيقية فى المجازات والكنايات[٥].

وخلط الشيخ فاضاف قسماً آخر وهو: أو (قصد) إنشاء معنى غير البيع مجازاً أو غلطاً[٦].

---

١ ـ *حاشية المكاسب* للايروانى ٢ : ١٧٣

٢ ـ *المجموع* للنووى ١٧ : ٥٨

٣ ـ *حاشية المكاسب* للايروانى ٢ : ١٠٦

٤ ـ *هداية الطالب* ٢ : ٤٣١

٥ ـ *كتاب البيع* للاراكى ١ : ٢١٢

٦ ـ *المكاسب* ٣ : ٢٩٥

١٣ ـ الامر الامتحاني: قال الطباطبايي:

وأمّا الامرالامتحاني؛ فإنّه حقيقي لا صوري[١].

١٤ ـ الصبي: فقهاء الامامية يقولون ببطلان عقد الصبي بل كلّ تصرّفاته وفيه ثلاث مقامات كما يقول الإيرواني:

اعلم أن هنا مقامات ثلاثة: الأول: عدم نفوذ تصرفات الصبي في أمواله ببيع وشراء وغير ذلک استقلالاً، وهذا مما لا إشكال فيه، فإنه محجور عليه كالمفلس.

الثاني: عدم نفوذ تصرفاته حتى بإذن الولي ولعله المشهور المحكي عليه الاجماع.

ـ اقول: ومعقد الاجماع والشهرة ناظر الى هذين المقامين فحسب وان التجا الشيخ لاستنباط المقام الثالث الى توسعة دائرة الاجماع ومن استدلّ بالروايات الآتيه فهو ناظر الى المقام الثالث ايضاً الذى هو محلّ بحثنا من تاتّى القصد من الصبى وعدمه وكلّ من يقول بكونه مسلوب العبارة وعدم نفوذ قصده مستقلاً يتمسک بهذه الروايات.

المقام الثالث (من عقد الصبي): بطلان إنشائه وكون قصده كلا قصد فيكون كبيع الهازل والنائم فلا يصح عقده وإن لم يشتمل على تصرف في أمواله، كما إذا توكل من البالغين في إجراء الصيغة أو وكله الولي في إجراء الصيغة على أمواله بعد أن كانت المعاملة عليها من نفس الولي[٢].

والايروانى يعتقد انّ:

المصنف قد خلط بين هذا الذى هو محل البحث فعلاً وبين المقام الثاني، كما لا يخفى على من راجع كلماته في خلال البحث[٣].

وبناء على هذا القول الذى هو الحقّ فبطلان عقد الصبى يخرج عن كونه تعبّدياً وكما سيظهر انّ الروايات ايضاً يكون ارشاداً الى هذا الامر وهو عدم تاتّى القصد من

---

١ ـ *حاشية المكاسب* للطباطبائي ٢ : ٢٦

٢ ، ٣ ـ *حاشية المكاسب* للايروانى ٢ : ١٧٣

الصبي فالصحيح البحث عنه تحت مبحث كليّ القصد لانّه حينئذ من مصاديقه فليس لبحث البلوغ في شرائط المتعاقدين مجال.

ولعلّه لكون البلوغ شرطاً مستقلا بنظر الشيخ لا من حيث كونه مصداقاً لعنوان القصد اتى بهذا العنوان مستقلاً فلا يرد عليه اشكال الايرواني بخلطه بين المقام الثالث والمقامين الاولين.

ويقيمون الفقهاء ادلة مفصّلةً على بطلان عقد الصبي مفصّلاً كلّها خارجة عن محلّ بحثنا (وهو القصد في العقود) الا تاتّي القصد من الصبي اوعدمه.

و من حيث كون محلّ البحث في هذا الكتاب هو العقد من جهة القصد فلنذكر المباحث المربوطة بالقصد و البحث في عقد الصبي من الجهات الاخرى موكولة الى محلّها فلناتي بكلام الشيخ للورود في عنوان المسئلة ابتدائاً وبالله الاستعانة.

ا. الاجماع والشهرة

المشهور ـ كما عن الدروس والكفاية ـ : بطلان عقد الصبي. بل عن الغنية: الاجماع عليه وإن أجاز الولي.

وفي كنز العرفان:

[نسبة عدم صحة عقد الصبي إلى أصحابنا][1]، وظاهره إرادة التعميم لصورة إذن الولي. وعن التذكرة: أن الصغير محجور عليه بالنص والاجماع ـ سواء كان مميزاً أولا ـ في جميع التصرفات إلا ما استثنى، كعباداته وإسلامه وإحرامه وتدبيره ووصيته وإيصال الهدية وإذنه في الدخول، على خلاف في ذلك، انتهى[2].

واستثناء إيصال الهدية وإذنه في دخول الدار، يكشف بفحواه عن شمول المستثنى

---

١ ـ *كنز العرفان* ٢ : ١٠٢ (نقلا من كتاب المكاسب)

٢ ـ *تذكرة الفقهاء* ١٤ : ٨٣ (نقلا من كتاب المكاسب)

منه لمطلق أفعاله، لأن الايصال والإذن ليسا من التصرفات القولية والفعلية، وإنما الأول آلة في إيصال الملك، كما لو حملها على حيوان أو أرسلها، والثاني كاشف عن موضوع تعلق عليه إباحة الدخول، وهو رضا المالك[١].

وقال الشهيد الاول:

لا حكم لارتداد الصبي. والمجنون. والمكره[٢].

وقال الايرواني:

وظني أن الشهرة والاجماع الذين ادعاهما راجعان إلى المقام الثاني ـ اقول: بل المقام الاول ايضاً ـ دون هذا المقام وأن صحة إنشائه مما لا ينبغي الريب فيه ويتضح ذلك بملاحظة ما سيذكره في جواب ما استدل به على الفساد من حديث رفع القلم وغيره وعدم جواز ترتيب الأثر[٣].

ولكن الشيخ فيما بعد يتمسك بالاجماع والشهرة ويعمّم دائرته من استقلال الصبي في التصرّف الى سلب العبارة وعدم قصده فيقول:

فالعمدة في سلب عبارة الصبي هو الاجماع المحكي، المعتضد بالشهرة العظيمة[٤]

وردّ الطباطبائي الاجماع بقوله:

أن الاجماع محصله غير حاصل ومنقوله غير حجة، وهذا مقتضى الانصاف ومع ذلك لا يبقى وجه لقوله (في العبارة الآتية): (وكيف كان فالعمل على المشهور)، إذ مع عدم الدليل لا وجه لذلك. ودعوى: أن ذلك موافق للاحتياط، كما ترى، إذ قد يكون الاحتياط على الخلاف، وقد لا يكون موافقاً لأحد القولين فتدبر[٥].

---

١ ـ *المكاسب* ٣ : ٢٧٥

٢ ـ *شرح اللمعة* ٩ : ٣٤١

٣ ـ *حاشية المكاسب* للايرواني ٢ : ١٠٦

٤ ـ *المكاسب* ٣ : ٢٧٨

٥ ـ *حاشية المكاسب* للطباطبائي ١١٤

و الإيرواني ايضاً قال في ردّه:

قد عرفت: أن معقد الاجماع والشهرة هو تصرفات الصبي وغاية عمومهما: أن تعم التصرفات الصبي بإذن، أو بغير إذن وهو أجنبي عن إنشائه ونفوذ قصده ولو لم يستلزم التصرف المالي الذي هو محل البحث[١].

والإصفهاني ايضاً قال في ردّه:

قد عرفت: أن القدر المتيقن من معقد الاجماع ومورد النصوص، ما إذا استقل الصبي بالمعاملة ولو بتفويض الولي أمرها إليه، وعرفت من: أن النصوص ومعقد الاجماع في مقام إبطال ما يستقل به الصبي من أنحاء المعاملات، لا في مقام سلب عبارته، مع أنه من البين عند المنصف المتأمل: إن نقصان عقل الصبي نوعاً وسوء تدبيره غالباً له مساس باستقلاله في المعاملة، فلا يجوز تفويض أمرها إليه، ولا مساس له أصلاً بلفظه وعبارته وما له مساس بمقام العقد الانشائي كونه لفظاً وعربياً وماضوياً وأشباه ذلك، فإنها أمور لها دخل في استحكام المعاهدة واستيثاق المعاقدة دون نقص عقل المتلفظ ولذا لا ريب في عدم سلب عبارة السفيه مع عدم رشده وعدم كمال عقله.

هذا، وأما إذا أردنا إثبات صحة عقد الصبي في صورة إذن الولي إذا قلنا: بعدم شمول المانع لصورة إذن الولي فلا بد من أن يقال: إن قوله تعالى إلى (أحل الله البيع) ليس في مقام الترخيص التكليفي، حيث إنه لا شبهة في عدم حرمة نفس التسبيب القصدي العقدي، كما أن ظاهره تعلق الحل بنفس البيع، لا بالتصرفات الواردة على العوضين، فالمراد إحلال البيع وجعله في محله وإقراره في مقره قبالةً لابطاله وإزالته عما هو عليه عرفاً الموجب لتخصيصه بالبالغ، كما أن الأمر بالوفاء ـ على ما مر في مباحث المعاطاة ـ لا يدل على لزوم العقد، إلا إذا كان بنحو الارشاد إلى اللزوم، لا للتكليف اللزومي المولوي. وهكذا، فدعوى شمول

---

١ ـ *حاشية المكاسب* للايرواني ٢ : ١٦٩

أدلة الصحة خصوصاً إذا لم تكن بعنوان الأمر والنهي لمعاملات غير البالغ ليست ببعيدة، كما توهم[١].

والعجب كلّ العجب منه! حيث يستدلّ على عدم الضير من التمسک بالاجماع بمخالفة بعض الفقهاء المتقدمين للحكم حيث قال:

وإلا فالمسألة محل إشكال، ولذا تردد المحقق في الشرائع في إجارة المميز بإذن الولي بعد ما جزم بالصحة في العارية، واستشكل فيها في القواعد والتحرير. وقال في القواعد: وفي صحة بيع المميز بإذن الولي نظر، بل عن الفخر في شرحه: أن الأقوى الصحة، مستدلاً بأن العقد إذا وقع بإذن الولي كان كما لو صدر عنه ـ ولكن لم أجده فيه ـ وقواه المحقق الأردبيلي على ما حكي عنه. ويظهر من التذكرة عدم ثبوت الاجماع عنده، حيث قال: وهل يصح بيع المميز وشراؤه؟ الوجه عندي: أنه لا يصح. واختار في التحرير: صحة بيع الصبي في مقام اختبار رشده.

وذكر المحقق الثاني: أنه لا يبعد بناء المسألة على أن أفعال الصبي وأقواله شرعية أم لا، ثم حكم بأنها غير شرعية، وأن الأصح بطلان العقد. وعن المختلف: أنه حكي ـ في باب المزارعة ـ عن القاضي كلاماً يدل على صحة بيع الصبي.

وبالجملة: فالمسألة لا تخلو عن إشكال، وإن أطنب بعض المعاصرين في توضيحه حتى ألحقه بالبديهيات في ظاهر كلامه.

فالانصاف: أن الحجة في المسألة هي الشهرة المحققة والاجماع المحكي عن التذكرة: بناء على أن استثناء الاحرام ـ الذي لا يجوز إلا بإذن الولي ـ شاهد على أن مراده بالحجر ما يشمل سلب العبارة، لا نفي الاستقلال في التصرف، وكذا إجماع الغنية، بناء على أن استدلاله بعد الاجماع بحديث (رفع القلم) دليل على شمول معقده للبيع بإذن الولي. وليس المراد نفي صحة البيع المتعقب

---

١ ـ *حاشية المكاسب* للاصفهاني ٢ : ١٣

بالإجازة، حتى يقال: إن الإجازة عند السيد غير مجدية فى تصحيح مطلق العقد الصادر من غير المستقل ولو كان غير مسلوب، العبارة كالبائع الفضولي. ويؤيد الاجماعين ما تقدم عن كنز العرفان. نعم، لقائل أن يقول: إن ما عرفت من المحقق والعلامة وولده والقاضى وغيرهم خصوصاً المحقق الثانى ـ الذى بنى المسألة على شرعية أفعال الصبى ـ يدل على عدم تحقق الاجماع. وكيف كان فالعمل على المشهور[١].

ب. الروايات:

١ ـ خبر حمزة بن حمران

قال الشيخ:

استدلوا بخبر حمزة بن حمران عن مولانا الباقر عليه السلام: (إن الجارية إذا زوجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتم، ودفع إليها مالها، وجاز أمرها فى الشراء، والغلام لا يجوز أمره فى البيع والشراء ولا يخرج عن اليتم حتى يبلغ خمس عشرة سنة..... الحديث) وفى رواية ابن سنان: (متى يجوز أمر اليتيم؟ قال: حتى يبلغ أشده. قال: ما أشده؟ قال: احتلامه.) وفي معناها روايات آخر[٢].

وجعل الآخوند ظهور هذه الرواية فى غير ما هو محلّ البحث اى المقام الثالث فقال:

ظهور (رواية ابن سنان) فيما إذا استقل فى العمل مما لا يكاد يخفى كما أفاده رحمه الله، فلا يعم ما إذا كان وكيلاً فى مجرد إيقاع الصيغة وبمنزلة اللسان من الانسان فافهم[٣].

---

١ ـ *المكاسب* ٣ : ٢٧٥

٢ ـ *السابق* : ٢٧٨

٣ ـ حاشية *المكاسب* للاخوند الخراساني : ٤٦

والإيرواني يعتقد كالآخوند انّ هذه الرواية تشمل المقامين فقط ولايشمل محلّ البحث واليک نصّه:

الرواية أجنبية عن المقام لما عرفت من: أن البحث في مقام آخر غير هذين المقامين وهو فساد إنشائه وكون قصده كقصد الهازل، حتى لو لم يتصرف بوجه في ماله بل توكل من البالغين في إجراء الصيغة أو إنشاء فضوله للمعاملة، فكان إنشائه غير قابل للإجازة من المالک، فإن هذا غير منظور إليه في الأخبار قطعاً ومقتضى العمومات صحته لتحقق عنوان المعاملة بإنشائه قطعاً، لأن المفروض تحقق القصد منه إلى الإنشاء فيترتب عليه أحكام تلک المعاملة[1].

۲ ـ وامّا حديث رفع القلم

وهو الرواية عن رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبى حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ.

والشيخ اتى بروايات كلها منصوص العلة لبطلان عقد الصبى وكّل تصرّفاته بقوله:

واحتج على الحكم في الغنية بقوله صلى الله عليه وآله وسلم: (رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبى حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ.)، وقد سبقه في ذلک الشيخ في المبسوط في مسألة الاقرار، وقال: إن مقتضى رفع القلم أن لا يكون لكلامه حكم.

ونحوه الحلى في السرائر في مسئلة عدم جواز وصية البالغ عشراً وتبعهم في الاستدلال به جماعة كالعلامة وغيره.[2]

فالقصد والعبارة مرفوع

فالنائينى في (منية الطالب) يقول:

---

۱ ـ *حاشية المكاسب* للايروانى ۲ : ۱٦٧

۲ ـ *المكاسب* ۳ : ۲٧٦

الحق: دلالتها (رفع القلم) على كونه مسلوب العبارة، فإن الظاهر من قوله (رفع القلم عنه) ما هو المتعارف بين الناس والدائر على ألسنتهم من أن فلاناً رفع القلم عنه ولا حرج عليه، وأعماله كأعمال المجانين، فهذه الكلمة كناية عن أن عمله كالعدم ورفع عنه ما جرى عليه القلم فلا ينفذ فعله، ولا يمضى عنه، فإن ما صدر عنه لا ينسب إليه. فبالجملة: ظهور الحديث في كون عبارته كالعدم بقرينة جعله رديفاً للمجنون والنائم مما لا ينبغي المناقشة فيه[١].

فالقصد والعبارة مرفوع

وفي (المكاسب والبيع) يقول:

المتحصل من مجموع ما ذكرناه (وما سنقوله): هو صحة التمسک به لاثبات مهجورية الصبي نحو هجر المجنون، بحيث يكون مسلوب العبارة حتى مع إذن الولي على ما هو مذهب المشهور[٢].

فالقصد والعبارة مرفوع

والشيخ ردّ الاستدلال بالرواية على كون القصد والعبارة مرفوع فقال:

ففيه: أولا: إن الظاهر منه قلم المؤاخذة ـ اى الأحكام التكليفية ـ ، لا قلم جعل الأحكام ـ الوضعية ـ ، ولذا بنينا كالمشهورعلى شرعية عبادات الصبي. وبالجملة: فالتمسک بالرواية ينافي ما اشتهر بينهم من شرعية عبادة الصبي[٣].

فالقصد والعبارة غير مرفوع.

وايّده الآخوند فقال

يمكن دعوى ظهورها في رفع خصوص المؤاخذة عنه كحديث الرفع لا قلم جعل

١، ٢ ـ *منية الطالب* ١ : ٤٠١

٣ ـ *المكاسب* ٣ : ٢٧٨

الأحكام[١]

فالقصد والعبارة غير مرفوع.

وردّ عليه النائيني في منية الطالب واعتقد: بأنّه لا حاجة الى تقدير متعلق للرفع بل المرفوع كلّ ما يمكن رفعه تشريعاً فعليه لا قصد تشريعيّ للصبي فقال:

ففيه: نحن أوضحنا في الأصول في حديث الرفع من: أن الرفع التشريعي يصح تعلقه بالأمور الخارجية من دون توقف على تقدير المؤاخذة أو غيرها، والرفع التشريعي يقتضي رفع جميع الآثار ففي المقام يمكن تعلق الرفع بنفس القلم، أي رفع قلم جعل الأحكام عنه، سواء أكانت موجبة للمؤاخذة على مخالفتها كالأحكام التكليفية، أم لم تكن كالوضعية[٢]

فالقصد والعبارة مرفوع.

واضاف في (المكاسب والبيع) بانّ:

قياس هذا الخبر الشريف بحديث الرفع المشهور (كما سيقوله المصنف) فاسد، حيث لما لم يكن المرفوع مذكوراً في الحديث المشهور ولا بد له من التقدير بأن يقال: المقدر هو المؤاخذة بخلاف هذا الخبر، حيث إن كلمة القلم تكون هي النائب عن الفاعل فلا موجب معه لتقدير أصلاً، حتى يبحث في تعيينه وأنه هل هو المؤاخذة أو غيرها؟ ويصير المعنى حينئذ، إما المعنى المتفاهم العرفي من هذه الجملة أعني: كون الصبي مرخى العنان. وإما بمعنى رفع قلم التشريع وجعل الأحكام[٣].

وكلاهما يشمل رفع القصد والعبارة.

---

١ ـ *حاشية المكاسب* للاخوند الخراساني : ٤٦

٢ ـ *حاشية المكاسب* للاصفهاني ٢ : ١٣

٣ ـ *المكاسب والبيع* ١ : ٤٠٠

اما الإيروانى فقرّر بدواً كلام الشيخ لعدم شمول الخبر لرفع الاحكام الوضعية وتبعاً قصد الصبى قال:

إعلم: أن هناك قلمين قلم سابق وآخر لاحق، أعني: قلم التكليف وهو المعنى من قوله تعالى (كتب عليكم الصيام، كما كتب على الذين من قبلكم.)، وقلم المؤاخذة وهو قلم كتاب جزاء الحسنات والسيئات والمصنف أشار بقوله هذا، بأن المراد من القلم في حديث رفع القلم، هو القلم اللاحق دون القلم السابق، فلا يرفع الحديث سوى المؤاخذة وهي خاصة من خواص التكاليف الالزامية، فيكشف عن ارتفاع خصوص التكاليف الالزامية ـ فيتولد منه شرعية عبادات الصبي، لا كل تكليف فضلاً عن كل حكم ليشمل الأحكام الوضعية[١].

فالقصد والعبارة غير مرفوع.

ولكن ردّ على كيفية استدلالات الشيخ وان كان يوافقه فى النتيجة بقوله:

وفيه: أولاً: أنه لا شاهد له على ما استظهره (من الحديث فى رفع المواخذة المختصّة بالاحكام التكليفية.)

وثانياً: أنه لا داعي له لما استظهره، فإن القلم لو كان قلم التكليف أيضاً كان المراد منه خصوص التكاليف الالزامية، وذلك بقرينة الرفع، فإن مناسب مادة الرفع رفع ما فى حمله كلفة وثقل ومشقة وما فيه ذلك ليس سوى الأحكام التكليفية الالزامية. فلا يشمل الوضعيات ومن جملتها القصد وكون عباراته ذا اثر.

والاصفهانى جاء بعكس ما ردّ عليه الايروانى وهو:

جعل التكليفيات مشمولاً للرفع حتى مع تخصيصه بالرفع الوضعي وهو أيضاً عين الوضع، لا أنه كالمؤاخذة على مخالفة التكليف مباتن مع التكليف، فتعميم المؤاخذة للمؤاخذة الدنيوية بمراتبها تعميم لرفع الوضع حقيقة. وإلا كان

---

١ ـ *حاشية المكاسب* للايروانى ٢ : ١٦٧

التكليف مع قطع النظر عما يترتب على مخالفته ليس فيه ثقل على الشخص، إلا أن الظاهر مع ذلک رفع قلم التكليف[١].

و الإصفهاني ايضاً يقبل قول الشيخ وهو رفع التكليف اللزومي ـ الذي يؤاخذ به المكلف فراجع[٢] ـ

والايرواني يردّ قول الشيخ والاصفهاني بقول جيّد وهو عدم مساوقة عدم التكليف من نفي المواخذة.

واليک نصّه:

وثالثاً: أنه لو صح ما استظهره فسد عليه الأمر، ولم يمكنه نفي التكاليف الالزامية عن غير البالغين وذلک، فإن نفي فعلية العقاب لا يستلزم نفي التكليف، كما في رفع العقاب عن الظهار مع ثبوت حرمته، فتكون إطلاقات التكاليف محفوظة في حق غير البالغين. نعم، لا عقاب عليهم في مخالفتها عفواً، وبمثل ذلک يقال: في النائم والمجنون لاتحاد السياق وإنما ينفي التكليف في ذينک بحكم من العقل لا بمقتضى الحديث، كما ينفي في بعض أفراد الصغير أيضاً بحكم من العقل[٣].

وجاء الايرواني بكلام جيّد وهو عدم ربط رفع الاحكام التكليفي بالرواية لرفع الاثر من انشائات الصبي وقصوده واليک نصّه:

إنا لو سلمنا عموم الحديث وشموله لرفع كل حكم تكليفي وضعي، لا يجدي ذلک في صحة الاستدلال بالحديث لرفع التأثير عن إنشاء الصغير، وذلک أن تأثير الإنشاء في حصول عنوان المنشأ ـ كعنوان النكاح والبيع والهبة ـ تأثير تكويني في أمر اعتباري، فيكون كتأثير سيفه في القطع وقلمه في الكتب، وهذا

١، ٢ ـ *حاشية المكاسب* للاصفهاني ٢ : ١٣

٣ ـ *حاشية المكاسب* للايرواني ٢ : ١٦٨

لا يرفعه حديث الرفع. وأما رفع الآثار المترتبة شرعاً على العناوين المتولدة من إنشائه على أن لا يكون البيع الحاصل بإنشائه محكوماً بأحكام البيع، فذلك في البشاعة يساوق القول بعدم ترتيب أحكام الأموات على من مات بسيفه، أو أحكام المصحف على ما كتب بقلمه وهكذا، ومعلوم بالقطع أن حديث (الرفع) لا يرفع إلا أحكاماً مترتبة بلا واسطة على فعل الصغير، لا أحكاماً مترتبة عليه حتى مع الواسطة[1].

فالقصد والعبارة غير مرفوع.

وردّ الشيخ على التمسّک بالرواية ثانياً بانّ هذه الرواية تنفي احكام الوضعية للصبي ومن جملتها كون قصده ذا اثر وغير مسلوب العبارة والحال انّ المشهور لا يفرقون بين الصبي والبالغ في هذا الامر فقال:

وثانياً: أن المشهور على الألسنة أن الأحكام الوضعية ليست مختصة بالبالغين[2].

والعجب من التناقض في كلام الشيخ لانه في اوّل كلامه استند الى المشهور بل الى الاجماع عدم جريان احكام الوضعية بالنسبة الى الصبي مطلقاً الاّ ما استثنى وفي. هيهنا ينفي استدلال بالرواية على هذا الامر بانّه: خلاف قول المشهور[3].

و ردّ النائيني في (منية الطالب) اشتراک البالغ والصبي في كلّ احكام الوضعية مثل موثريّة القصد وكونه غير مسلوب العبارة كانّه لم يسلم عموميّة متعلّق هذا الاشتراک فقال:

ففيه: أن اشتراک غير البالغ مع البالغ في الأحكام الوضعية التي هي محل البحث كعقد الصبي أول الكلام بل المشهور عدمه.

نعم، يشترکان في مثل الاتلاف ونحوه وهو بقول الاصفهاني في الذيل لا من

---

١ ـ *السابق* ٢ : ١٦٧.

٢ ، ٣ ـ *المكاسب* ٣ : ٢٧٨

جهة كونه صدر من شعور وقصد وتعقّل حتّى يثبت هذا الامر ولو من حيث موجبة جزئية كون قصد الصبى موثّراً[١].

والإصفهانى ايضاً سلک هذا المسلک فقال:

ثبوت الحكم الوضعى في حق غير البالغ أحياناً، فى قبال عدم ثبوت التكليف اللزومى بقول مطلق، صحيح ولعله مراد المشهور. وأما جريان الأحكام الوضعية مطلقاً فى حق غير البالغ على حد جريانها فى حق البالغ فلا، كيف! والمشهور على فساد عقوده وإيقاعاته، إلا وصيته وتدبيره.

ومن الواضح: عدم كفاية تلک الموجبة الجزئية لما هو قدس سره بصدده من إثبات صحة بيعه وغيره ولو فى صورة إذن الولى أو صحته اقتضاء وتأهلاً من حيث تأثير عقده وعدم كونه مسلوب الأثر. نعم، يختلف حال ما ثبت فى حقه من الوضع فتارةً يكون تخصيصاً لعموم رفع القلم عنه مطلقاً كالوصية والتدبير وشبههما، وأخرى لا يكون تخصيصاً كضمانه بإتلافه وجنايته ونجاسته وطهارته وأشباهها فإن الظاهر من رفع القلم عنه وعن المجنون والنائم رفع ما يكون منوطاً بالشعور والاختيار والعقل وكماله. وأما ما يثبت فى حق البالغ الكبير ولو صدر عنه، لا عن شعور واختيار وإعمال رأى ونظر ـ كإتلافه المضمن بأى وجه اتفق أو السبب الموجب لجنابته ونجاسته وطهارته ـ فمثلها غير منوط بالعقل وكماله ولا بشعور واختيار، فلا يعمه حديث (رفع القلم) حتى يكون ثبوتها فى حق الصغير تخصيصاً له[٢].

والنائينى فى (المكاسب والبيع) يجعل موضوع الحديث الامور القصدية و يقبل عموم المتعلّق فيها ومع هذا يقول بتخصيصه فى موارد كثيرة ولاينافى هذا العموم مع شرعية عباداته لانّها من الموارد المخصّصة واليک نصّه:

---

١ ـ *منية الطالب* ١ : ٣٦٠

٢ ـ *حاشية المكاسب* للاصفهانى ٢ : ١٣

لا يخفى عدم ورود هذا الإشكال لخروج الأحكام الوضعية عن مورد الرفع بالتخصص وذلك، لأن المرفوع عن الصبي كمشاركاته في الرفع ـ أعني: المجنون والنائم ـ هو الحكم الشرعي المترتب على أفعالهم القصدية التي اعتبر فيها القصد، لأجل عدم تمشي القصد من النائم، وكونه بلا أثر في المجنون، فالآثار الشرعية المترتبة على أفعالهم بما هي هي، بلا اعتبار قصد فيها ـ كعوض الجنايات ونحوه، وكالجناية حيث إنها يترتب على سببها مطلقاً، ولو وجد السبب بلا قصد واختيار، لا يكون مرفوعاً بدلالة حديث (رفع القلم عنهم)، فالخبر الشريف يدل على رفع ما يترتب على أفعالهم القصدية من الآثار الشرعية، ولما كانت دلالته على رفعه أيضاً بالعموم يكون كساير العمومات القابلة للتخصيص، فلو فرض قيام دليل على ثبوت الأثر على بعض أفعالهم، لكان خارجاً عن تحت عمومه بالتخصيص، ولا مانع عنه من هذه الجهة ولا يبلغ تخصيصه بمرتبة من الكثرة الموهنة كما لا يخفى، إذ الخارج عنه، ليس إلا موارد مثل وصية الصبي وحيازته المباحات ـ لو قيل بهما ـ ومثل صحة إسلامه وشرعية عباداته ـ على ما هو الحق ـ ومن ذلك يظهر: أن القول بشرعية عباداته، لا ينافي مع عموم رفع قلم التشريع عنه، إذ يكون الدليل المثبت لمشروعية عباداته مخصصاً لعمومه[1].

ولكن فيه: الصبي غير مسلوب العبارة حتى مع اختصاص الاحكام بالبالغين لانّ السببية امر تكويني ولا ربط له باختصاص الاحكام بالبالغين.

واليك نصّ الطباطبائي:

إذا قلنا باختصاص الأحكام بالبالغين فلا بد أن يكون عقد الصبي مؤثراً في التمليك، إذ السببية حكم وضعي، والمفروض عدمه في الصبي، وكونه مؤثراً بالنسبة إلى البالغين دون الصبي مما لا يمكن في المقام، إذ المفروض أنه لو بلغ يصير مكلفاً بالعمل به، ومع ذلك كيف يمكن أن يقال: بعدم مؤثريته في حقه

---

١ ـ *المكاسب والبيع* ١ : ٤٠٠

كيف! ولا يمكن أن يحصل التمليك بالنسبة إلى شخص دون شخص، فكونه خارجاً عن الحكم إلى وقت البلوغ يقتضي خروجه مطلقاً وإلا لزم ما ذكرنا[١].

واليك نصّ الإيرواني:

ولكن الحق: إن تأثير عقد الصبي في حصول عناوين المعاملات تأثير تكويني في أمر تكويني اعتباري ولا دخل له بالأحكام الوضعية. نعم، تلك العناوين المتولدة من إنشائه موضوع لأحكام في الشريعة وحديث (رفع القلم) لا يرفع، إلا الأحكام بلا واسطة[٢].

٣ ـ (عمد الصبي وخطأه واحد)

قال الشيخ: ويمكن أن يستأنس له أيضاً بما ورد في الأخبار المستفيضة من أن (عمد الصبي وخطأه واحد)، كما في صحيحة ابن مسلم وغيرها، والأصحاب وإن ذكروها في باب الجنايات، إلا أنه لا إشعار في نفس الصحيحة ـ بل وغيرها ـ بالاختصاص بالجنايات، ولذا تمسك بها الشيخ في المبسوط والحلي في السرائر على أن إخلال الصبي المحرم بمحظورات الاحرام ـ التي يختص الكفارة فيها بحال التعمد ـ لا يوجب كفارة على الصبي ولا على الولي، لأن عمده خطأ. وحينئذ فكل حكم شرعي تعلق بالأفعال التي يعتبر في ترتب الحكم الشرعي عليها القصد ـ بحيث لا عبرة بها إذا وقعت بغير القصد ـ فما يصدر منها عن الصبي قصداً بمنزلة الصادر عن غيره بلا قصد، فعقد الصبي وإيقاعه مع القصد كعقد الهازل والغالط والخاطئ وإيقاعاتهم.

وايّده بما ورد في قتل المجنون بقوله: بل يمكن بملاحظة بعض ما ورد من هذه الأخبار في قتل المجنون والصبي استظهار المطلب من حديث (رفع القلم) وهو ما عن قرب الإسناد بسنده عن أبي البختري، عن جعفر، عن أبيه، عن علي عليه

---

١ ـ *حاشية المكاسب* للطباطبائي ٢ : ١١٤

٢ ـ *حاشية المكاسب* للايرواني ٢ : ١٦٨

السلام، أنه كان يقول المجنون والمعتوه الذي لا يفيق، والصبي الذي لم يبلغ (عمدهما خطأ تحمله العاقلة وقد رفع عنهما القلم)، فإن ذكر (رفع القلم) في الذيل ليس له وجه ارتباط إلا بأن تكون علة لأصل الحكم، وهو ثبوت الدية على العاقلة أو بأن تكون معلولة لقوله (عمدهما خطأ)، يعني أنه لما كان قصدهما بمنزلة العدم في نظر الشارع وفي الواقع رفع القلم عنهما[1].

وجاء بهذه العبارات القواعد الفقهية واستنتج من قرينة السياق عدم كون بطلان تصرّفاته تعبّديّاً كما هو الحقّ.

و اليک قوله:

وخلاصة الكلام أنه يظهر من هذا الحديث الشريف وذكر الصبي في سياق المجنون والنائم ـ هو انه كما لا قصد في المجنون والنائم تكوينا قصد الصبي في حكم العدم تشريعا، فكل اثر فعل كان مترتبا على تعمد ذلک الفعل وقصده بحيث لو صدر عنه بلا التفات ليس ذلک الأثر فإذا صدر عن الصبي لا يترتب عليه ذلک الأثر وان قصده وصدر عنه عمدا[2].

وان كان سبقه في هذ الامرالنائيني في (المكاسب والبيع) كما مرّ منّا فراجع.

وقال الشيخ:

ولا يخفى أن ارتباطها بالكلام على وجه العلية والمعلولية للحكم المذكور في الرواية ـ أعني عدم مؤاخذة الصبي والمجنون ـ بمقتضى جناية العمد وهو القصاص، ولا بمقتضى شبه العمد ـ وهو الدية في مالهما.

لا يستقيم إلا بأن يراد من (رفع القلم) ارتفاع المؤاخذة عنهما شرعاً من حيث العقوبة الأخروية والدنيوية المتعلقة بالنفس ـ كالقصاص ـ أو المال ـ كغرامة الدية ـ وعدم ترتب ذلک أفعالهما المقصودة المتعمد إليها مما لو وقع من

---

١ ـ *المكاسب* ٣ : ٢٨٢

٢ ـ *القواعد الفقهية* ٤ : ١٧٦

غيرهما مع القصد والتعمد لترتب عليه غرامة أخروية أو دنيوية. وعلى هذا، فإذا التزم على نفسه مالاً بإقرار أو معاوضةً ولو بإذن الولي، فلا أثر له في إلزامه بالمال ومؤاخذته به ولو بعد البلوغ. فإذا لم يلزمه شئ بالتزاماته ولو كانت بإذن الولي، فليس ذلك إلا لسلب قصده وعدم العبرة بإنشائه، إذ لو كان ذلك لأجل عدم استقلاله وحجره عن الالتزامات على نفسه، لم يكن عدم المؤاخذة شاملاً لصورة إذن الولي، وقد فرضنا الحكم مطلقاً، فيدل بالالتزام على كون قصده في إنشاءاته وإخباراته مسلوب الأثر.

إن مقتضى ما تقدم من الاجماع المحكى في البيع وغيره من العقود، والأخبار المتقدمة ـ بعد انضمام بعضها إلى بعض ـ : عدم الاعتبار بما يصدر من الصبي من الأفعال المعتبر فيها القصد إلى مقتضاها، كإنشاء العقود أصالة ووكالة، والقبض والاقباض، وكل التزام على نفسه من ضمان أو إقرار أو نذر أو إيجار[1].

وردّ النائيني في (منية الطالب) قول الشيخ للعلية والمعلولية للفقرتين وجعل فقرة (عمدهما خطأ) علّة لفقرة (تحمله العاقلة) فقال:

لا وجه لاحتمال العلية والمعلولية كليهما في رفع القلم، فإن الظاهر منه كونه علة لأنه أعم مورداً من قوله: (تحمله العاقلة) والعلة بمنزلة الكبرى الكلية، والحكم المعلل بمنزلة الصغرى وجعله معلولاً لقوله: (عمدهما خطأ)لايستقيم، لأنهما إما متحدان معنى بناء على أن يكون المراد من رفع القلم رفع الأفعال القصدية، وإما يناسب العلية لو كان المراد الأعم منها ومن غيرها[2].

وفسّر في (منية الطالب) فقرة (عمدهما خطأ) بأحد المعنيين وهو:

إما الحمل على معنى الكنائي، وهو كون الصبي والمجنون في الأفعال التي

---

١ ـ *المكاسب* ٣ : ٢٨٤

٢ ـ منية *الطالب* ١ : ٣٦٠

تتقوم بالقصد يكونان مرخى العنان كالبهائم، وإما الحمل على رفع قلم التشريع وجعل الأحكام[١].

وهو كما ترى يغنيه عن جعل المرفوع هو المواخذة كما اشار اليه فى(المكاسب والبيع) بقوله:

أما ما أفاده من كون المرفوع هو المؤاخذة، فقد عرفت ما فيه من: عدم الاحتياج إلى التقدير بعد كون القلم هو النائب عن الفاعل[٢].

والشيخ التجا لادخال الاحكام الوضعية فى الحديث،الى تعميم المؤاخذة لما يشمل الالتزامات فى باب العقود.

فردّ عليه فى (المكاسب والبيع) بقوله:

لا يخفى ما فيه من البعد وارتكاب خلاف الظاهر على ما لا يخفى[٣].

وردّ عليه الآخوند بما انّ هذا الحديث لا يشمل العقود والايقاعات لانّ فيها لا يتصوّر الخطاء واليک نصّه:

أن ظاهرالحديث: أن الفعل الذى يقع على نحوين: عن عمد وعن خطأ، ويختلف بحسبهما حكمه ـ كما فى باب الجنايات ـ إذا صدر عن الصبى عمداً، يكون كما إذا صدر خطأ، فلا يعم ما لا يكون إلا متقوماً بالعمد والقصد، كالايقاع والعقد ولا يكون له حكم إلا بعنوانه وإن كان لا يكاد يكون بالقصد[٤].

وابسط كلام فى هذا المقام هو ما قاله الإصفهانى: ـ ذيل ردّ كلام الشيخ فى المبسوط من التمسک بعمد الصبى وخطائه سواء بناء على تفسير الرواية بعدم كون

---

١ ـ *منية الطالب* ١ : ٤٠٣

٢، ٣ ـ *المكاسب والبيع* ١ : ٣٦٢

٤ ـ *حاشية المكاسب* للاخوند الخراسانى : ٤٧

خطاءه ذا حكم بإن المعاملات أمور عمدية قصدية فإذا صدرت من الصبي الذي عمده خطأ لم يترتب عليها أحكامها وآثارها. ـ

وفيه: أن الظاهر مقابلة العمد مع الخطأ لا القصد مع عدمه، وإنما يتصور العمد والخطأ فيما أمكن انقسامه إليهما بأن يكون وقوع مسببه عليه قهراً معقولاً، فتارة يصيب القصد بالإضافة إلى ما يترتب عليه وأخرى يخطأ عنه كالرمي الذي يترتب عليه القتل المقصود به تارة وغير المقصود به أخرى، ولا يترتب على الأسباب المعاملية شئ قهراً حتى يكون تارة مقصوداً من السبب، وأخرى غير مقصود منه ليوصف المترتب عليه بأنه عمدي تارة وخطأي أخرى.

فإن قلت: من يقول بعدم تبعية العقود للقصود ويدعى أن ما قصد يمكن أن لا يقع وأن يقع ما لم يقصد كالمصنف قدس سره في مبحث المعاطاة فلا محالة يتصور للعقد فردين عمدياً، وخطائياً باعتبار موافقة ما وقع للقصد وعدم موافقة للقصد.

قلت أولاً: إنا قد بينا في محله: أن الحقائق المعاملية أمور تسببية متقومة بالقصد، لا أنها فقط تحتاج الى السبب وأن الأمور المدعى ترتبها على ما لم يتسبب به إليها، إما من قبيل ترتب الأحكام على موضوعاتها، أو من قبيل ترتب المسببات على أسبابها، لا من قبيل ترتب الأمور التسبيبية على أسبابها.

وثانياً: الفرق بين الأسباب الواقعية بالإضافة إلى مسبباتها الخارجية، كالرمي بالنسبة إلى القتل والأسباب الجعلية بالإضافة إلى المسببات الاعتبارية، كالعقد بالإضافة إلى الملكية والزوجية ونحوهما، إن ترتب مسببات الأسباب الخارجية على أسبابها أمر وترتب حكم شرعي عليها أمر آخر كالقتل العمدى المحكوم شرعاً بحكم والخطائي منه بحكم آخر، بخلاف ترتب المسببات الاعتبارية على أسبابها الجعلية، فإنه عين كونها محكومة بشئ في اعتبار الشارع، فمعنى ترتب الملكية المطلقة على العقد الذي قصد به الملكية المقيدة، كونه محكوماً في نظر الشارع بالتأثير في الملكية، وكون عمد الصبي خطأ بهذا المعنى خلف في

المقام، لأن الفرض إسقاط عقده عن درجة الاعتبار إلا تأثيره شرعاً فى شئ لم يقصده وإذا لم يترتب عليه شئ أصلاً، فلا واقع حتى يوصف بأنه خطائى، فإما لا خطأ له وإما يكون تنزيل العمد منزلته هنا خلفاً.

هذا، كله بناء على التحفظ على التقابل بين العمد والخطأ.

و ردّ الاصفهانى ايضا الرواية بناء على تفسير الرواية بتنزيل قصد الصبى منزلة عدمه فقال:

وأما بناء على أن المراد تنزيل قصد الصبى منزلة عدمه، فربما يشكل بأن العقد على أى حال قصدى، سواء لوحظ العقد الانشائى وهو المتقوم بقصد ثبوتاً لمعنى باللفظ ـ ، أو لوحظ العقد بالحمل الشايع أى التسبيب إلى الملكية قصداً بلفظ أو فعل، فليس للعقد بمعنييه فردان قصدى وغير قصدى، حتى ينزل الأول منزلة الثاني.

ويمكن دفعه: بإرادة العقد الانشائي المقصود به التسبب إلى الملكية تارة وما لا يقصد به التسبب ـ بل هزلاً مثلاً ـ أخرى، فنزل المقصود به التسبب من غير البالغ، منزلة ما لا يقصد به التسبب.

نعم، يشكل بأن قصد التسبب دخيل فى صيرورة العقد بيعاً بالحمل الشايع مثلاً عقلاً لا شرعاً، فليس للقصد دخل شرعاً، بل عقلاً، وحيث لا أثر لنفس القصد شرعاً فلا معنى لتنزيله منزلة عدمه فيكون مورد هذه الأخبار كالجنايات التى لوقوعها قصدياً أثر شرعاً[1].

وردّ عليه النائينى فى (المكاسب والبيع) فقال:

الانصاف: عدم دلالته على هجره عن مطلق الأفعال القصدية، وذلك لتذييل هذه الجملة فى بعض الأخبار بكون ديته على عاقلته الموجب لاختصاصه بباب الجنايات، وتصير قرينة على إرادة ذلك منه حتى فى الأخبار الغير المذيلة

---

١ ـ *حاشية المكاسب* للاصفهانى ٢ : ١٧

بذاک الذیل، ومع قطع النظر عن هذه القرینة یکون المتعارف فی التعبیر عن هاتین الکلمتین ـ أعنی: العمد والخطأ ـ هو باب الجنایات وباب کفارة الاحرام، وهذا التعارف أیضاً یوجب صرفهما عن الظهور فی العموم، بحیث لا یمکن أن یستدل بالخبر المشتمل علیها علی رفع القلم عن الصبی، کما لا یخفی[1].

واجاب عن هذا الاشکال فی (منیة الطالب) فقال:

لکن یمکن الجواب عن هذا الإشکال بأن تذییل بعضها بقوله: (تحمله العاقلة) لا یوجب حمل الأخبار المطلقة علی باب الجنایات هنا، مضافاً إلی ما ورد فی روایة أبی البختری، عن علی علیه السلام، أنه کان یقول: (المجنون والمعتوه ـ الذی لا یفیق ـ والصبی ـ الذی لم یبلغ ـ عمدهما خطأ، تحمله العاقلة، وقد رفع عنهما القلم)، فإن قوله (وقد رفع عنهما القلم) بمنزلة العلة لقوله علیه السلام: (عمدهما خطأ)، مقتضاه أن الأفعال التی تترتب علیها الآثار إذا صدرت عن قصد من غیر الصبی والمجنون إذا صدرت عنهما، فکالصادرة عن غیرهما بلا قصد، لأن قلم جعل الأحکام مرفوعاً عنهما، فمقتضی التعلیل هو التعدی إلی غیر الجنایات، بل یستفاد منه: أن الطائفة الثانیة والثالثة وردتا لمعنی واحد، وکل منهما مخصوصان بالأفعال القصدیة، لا الأفعال التی تکون موضوعات للأحکام بذواتها[2].

واضاف الطباطبائی اخباراً اخر فقال:

من جملة تلک الأخبار، صحیحة ابن مسلم ـ المشار إلیها ـ عن الصادق علیه السلام: (عمد الصبی وخطأوه واحد) وهی کما ذکره المصنف عامة، إلا أن منها: خبر إسحاق بن عمار، عن أمیر المؤمنین علیه السلام: (عمد الصبیان خطأ تحمله العاقلة)

ومنها: المروی عن قرب الإسناد، کما یشیر إلیه المصنف: (عمد الصبی الذی لم

---

١ ـ *المکاسب والبیع* ١ : ٤٠١

٢ ـ *منیة الطالب* ١ : ٢٠

يبلغ خطأ تحمله العاقلة) ويظهر منهما: الاختصاص بل يمكن أن يجعلا قرينة على الأولى أيضاً، خصوصاً بملاحظة أنها ليست عامةً بل هي مطلقة والقدر المتيقن منها ذلک، مع أن إرادة التعميم منها مستلزمة لتخصيص الأكثر، إذ لازمها بطلان جميع أفعاله المشروطة بالقصد من الاسلام والعبادات من الطهارات والصوم والصلاة وغيرها واحياء الموات وحيازة المباحات والسبق إلى المباحات واللقطة ونحوها، بل لو قلنا: بصحة صلاته يلزم من العموم المذكور، عدم بطلانها بالمبطلات العمدية وهكذا.

وبالجملة: فالانصاف: عدم ظهورها في التعميم فتدبر. ويمكن أن يستأنس لعدم إرادة التعميم منها ـ مضافاً إلى ما ذكر ـ بما ورد في الأعمى من هذا المضمون، ولا إشكال في عدم إرادة العموم منه ففي خبر أبي عبيدة، عن الباقر عليه السلام، عن أعمى فقأ عين رجل صحيحة متعمداً، فقال عليه السلام: (يا أبا عبيدة إن عمد الأعمى مثل الخطأ هذا فيه الدية من ماله، الخبر.)

وفي رواية الحلبي، عن الصادق عليه السلام: (والأعمى جنايته خطأ تلزم عاقلته، الخبر.) فتدبر[١].

و الطباطبائي ياتي بجواب نقضي لعموم الحديث فانّه لا يشمل اموراً كثيرة فقال:

قلت: على (هذا التقدير)، وإن لم يرد الإشكال من جهة لزوم إخراج الاتلافات، حيث إنها حينئذ غير داخلة من الأصل إلا أنه يرد الإشكال من جهة مثل حيازة المباحات وإحياء الموات و الالتقاط والسبق إلى المباحات، حيث إنها يعتبر فيها القصد ومع ذلک هي صحيحة في حق الصبي، فلا بد من إخراجها وهو أيضاً بعيد.

فالأظهر: ما ذكرنا من الاختصاص بالعقوبات الأخروية والدنيوية، ومعه لا يرد

---

١ ـ *حاشية المكاسب* للطباطبائي ٢ : ٤٧١

الإشكال إلا في التعزيرات ولا بأس به، إما لما ذكره المصنف من التخصص، وإما لما ذكرنا من التخصيص ولكن على ذلک لا يتم الاستدلال حسبما عرفت[1].

حكم عقد الصبي من العامة

العامة تستندون حكم بطلان عقد الصبي على عدم تاتي القصد منه.

وفي هيهنا ناتي بكلام النووي بتمامه مع طوله في المجموع:

وأما الصبي الذي لا يعقل فلا خلاف في أنه لا طلاق له، وأما الذي يعقل الطلاق ويعلم أن زوجته تبين به وتحرم عليه فأكثر الروايات عن أحمد أن طلاقه يقع اختارها أبو بكر والخرقي وابن حامد وروى نحو ذلک عن سعيد بن المسيب وعطاء والحسن والشعبي وإسحاق، وروى أبو طالب عن أحمد لا يجوز طلاقه حتى يحتلم وهو قول النخعي والزهري ومالک وحماد والثوري وأبي عبيد، وذكر أبو عبيد أنه قول أهل العراق وأهل الحجاز، وروى نحو ذلک عن ابن عباس لقول النبي صلى الله عليه وسلم (رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم ولأنه غير مكلف فلم يقع طلاقه كالمجنون، ووجه الأولى قوله عليه السلام (الطلاق لمن أخذ بالساق) وقوله (كل طلاق جائز الاطلاق المعتوه المغلوب على عقله)

وروى عن علي رضي الله عنه أنه قال: اكتموا الصبيان النكاح فيفهم منه أن فائدته أن لا يطلقوا ولأنه طلاق من عاقل صادف محل الطلاق فوق كطلاق البالغ

(فصل) وأكثر الروايات عن أحمد تحديد من يقع طلاقه من الصبيان بكونه يعقل وهو اختيار القاضي وروى عن أحمد أبو الحارث إذا عقل الطلاق جاز طلاقه ما بين عشر إلى اثنتي عشرة وهذا يدل على أنه لا يقع لدون العشر وهو اختيار

---

١ ـ السابق

أبي بكر لأن العشر حد للضرب على الصلاة والصيام وصحة الوصية فكذلك هذا وعن سعيد بن المسيب إذا أحصى الصلاة وصام رمضان جاز طلاقه، وقال عطاء إذا بلغ أن يصيب النساء، وعن الحسن إذا عقل وحفظ لصلاة وصام رمضان، وقال إسحاق إذا جاز اثنتى عشرة.

(فصل) ومن أجاز طلاق الصبى اقتضى مذهبه أن يجوز توكيله فيه وتوكله لغيره وقد أومأ إليه أحمد فقال في رجل قال لصبى طلق امرأتي فقال قد طلقتك ثلاثا لا يجوز عليها حتى يعقل الطلاق فقيل له فإن كانت له زوجة صبية فقلت صير أمرى إلي، فقال لها أمرك بيدك فقالت قد اخترت نفسي فقال أحمد ليس بشئ حتى يكون مثلها يعقل الطلاق، وقال أبو بكر لا يصح أن يوكل حتى يبلغ وحكاه عن أحمد ولنا أن من صح تصرفه في شئ مما تجوز الوكالة فيه بنفسه صح توكيله ووكالته فيه كالبالغ وما روى عن أحمد من منع ذلك فهو على الرواية التي لا تجيز طلاقه إن شاء الله تعالى[1].

تكملة

فقهاء الامامية تلحقون الغضبان بالذين لا قصد لهم مثل المجنون والسكران والساهي و... واليك بعض فتاويهم:

قال الشريف المرتضى في الانتصار:

وعلى مثل ما ذكرناه نعتمد في أن طلاق الغضبان الذي لا يملك اختياره لا يقع، وإن خالف باقي الفقهاء في ذلك ،وعلى مثل ما ذكرناه نعتمد في أن طلاق الغضبان الذي لا يملك اختياره لا يقع، وإن خالف باقي الفقهاء في ذلك فإن استدلوا بما يروونه عنه عليه السلام من قوله: ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والعتاق، والهزل ما لا نية فيه وقد جعله النبي (عليه السلام) في

---

١ ـ *المجموع* ١٧ : ٥٦

الطلاق مثل الجد. قلنا: هذا أيضا خبر واحد. وقد دللنا على أن أخبار الآحاد لا يعمل بها في الشريعة [١].

قال في المهذب:

وإذا أعتق مملوكا لغير الله، أو لم يرد به وجه الله تعالى، أو أعتقه وهو مكره أو ناقص العقل، أو سكران، أو ساه، أو غضبان، أو حلف بالعتق، لم يقع العتق [٢].

ومن جعله قسيماً للمكره وناقص العقل يظهر كون بطلان عتق الصبي من جهة عدم القصد.

قال في الوسيلة:

والطلاق ضربان: طلاق السنة، وطلاق العدة. وكلاهما يحتاج في صحته إلى أربعة عشر شرطا: ثمانية منها ترجع إلى المطلق، وهي كونه عاقلا، مميزا، مالكا أمره، غير حرد ـ اي غير ممنوع ـ، ولا غضبان، ولا سكران على وجه لا يعرف ما يأتي وما يذر، قاصدا باللفظ إلى البينونة ناويا لها [٣].

وقال في السرائر:

أن الظهار لا يصح من مكره ولا غضبان لا يملك نفسه [٤].

ويظهر من قوله كونه قسيماً للاكراه. ولكن مع هذا كلّه جعله في جامع الخلاف والوفاق قسماً للاكراه والحال انّه لا يدخل في تعريف الاختيار واليك نصّه:

من شرائط الظهار ان يكون المظاهر بالغا كامل العقل، فلا يصح من صبي، ولا مجنون، ولا سكران.

---

١ ـ *الانتصار* : ٣٠٤

٢ ـ *المهذب للقاضي* ابن البراج ٢ : ٣٥٧

٣ ـ *الوسيلة* لابن حمزة الطوسي : ٣٢٠

٤ ـ *السرائر* ٢ : ٧٠٨

ومنها: أن يكون مؤثرا له، فلا يصح من مكره، ولا غضبان لا يملك مع غضبه الاختيار ظهار السكران غير واقع، وروى ذلک عن عثمان، وابن عباس، وبه قال داود والمزنی[١].

قال الشهيد الثاني:

ومن رفع الغضب قصده وتقبل دعوى ذلک كله[٢].

امّا العامّة فقال فی الفقه على المذاهب الاربعة:

انتسبوا الى ابن القيم الحنبلی تقسيم الغضبان فی طلاقه الى ثلاثة اقسام:

الاول: ان يكون الغضب في اول امره فلا يغيّر عقل الغضبان بحيث يقصد ما يقوله و يعلمه و لا ريب فی ان الغضبان بهذا المعنى يقع طلاقه و تنفذ عباراته باتفاق.

الثاني: ان يكون الغضب في نهايته بحيث يغيّر عقل صاحب و يجعله كالمجنون الذی لا يصدق ما يقول و لا يعلمه و لا ريب فی ان الغضبان بهذا المعنى لا يقع طلاقه لانه هو والمجنون سواء.

الثالث: ان يكون الغضب وسطا بين الحالتين بان يشتد و يخرج عن عادته و لكن لا يكون كالمجنون الذي لا يقصد ما يقول ولا يعلمه والجمهور على ان القسم الثالث يقع به الطلاق.

وخالفه في القسم الثالث بعض الحنفية وقالوا: ان الغضبان الذی خرجه غضبه عن طبيعته و عادته بحيث يغلب الهذيان على اقواله و افعاله فان طلاقه لا يقع و ان كان يعلم ما يقول و يقصده لانه يكون فی حالة يتغير فيها ادراكه فلا يكون قصده مبنياً على ادراک صحيح فيكون كالمجنون لان المجنون لا يلزم ان يكون دائماً فی حالة لا يعلم معها ما يقول: فقد يتكلّم فی كثير من الاحيان بكلام معقول ثمّ لم يلبث ان يهذی.

---

١ ـ *جامع الخلاف والوفاق* على بن محمد القمی : ٤٦٩

٢ ـ *شرح اللمعة* ٩ : ٣٤١

والذى تقتضيه قواعد المذهب (هو التفصيل) ان الغضب الذى لا يغير عقل الانسان ولا يجعله كالمجنون فان الطلاق فيه يقع بلا شبهة و الغضبان الذى يغير العقل ويجعل صاحبه كالمجنون فان الطلاق فيه لا يعتبر ولا يلزم بلا شبهة.

وان الغضبان اذا خرج عن طوره واصبح يهذى فى اقواله وافعاله فان طلاقه لايقع[١].

ولكن بعض المدنيين رد هذا الالحاق يعنى الحاق الغضبان الى من لا قصد له، فراجع[٢].

الواجب معرفة القصد الجدى من الاذن والاباحة و وما يصدر على سبيل المجاملة و ان كان بحسب الظاهر صادرا عن القصد والارادة الجدية وللميز بين الموارد لابد من تامل وترو ويجب ملاحظة القرائن الحالية والمقامية والمقالية وهو بحسب الاشخاص والعرف يختلف فمثلا الوجه الذى يدفع المشترى بعد المقاولة و التراضى بالبيع المسمى بالفارسية (بيعانه) فى عرفنا يدل على ابرام المعاملة و القصد الواقعى وفى عرف بعض المدنيين الغربيين يدل على الترديد وعدم الجزم[٣].

---

١ ـ *الفقه على المذاهب الاربعة* ٤ : ٢٩٤

٢ ـ *حقوق مدنى قواعد عمومى قرار دادها* ١: ٢٠٠

٣ ـ *راجع حقوق مدنى قواعد عمومى قراردادها* ١ : ٢٢٣

انسام عدم القصد حكماً

قال الشيخ:

واشتراط القصد بهذا المعنى (اى قصد مدلول العقد الذى يتلفظان به) فى صحة العقد، بل فى تحقق مفهومه مما لا خلاف فيه ولا إشكال[1].

وكون القصد من اركان العقد وبدونه لا يتحقق اىّ عقد او ايقاع من مسلّمات فقه الامامية وهو شرط وجودى يعنى يجب ان يحرز كون العاقد فى مقام القصد بالقرائن اللفظية والمقامية وان كان هذا يحرز بكون الاصل عند العرف كون اىّ عاقد فى مقام القاصدية الا ان يحرز خلافه ولذا تريهم يجعلون القصد ركناً اصلياً فى كل عقد وايقاع وحتى فى وقوع كل فعل له اثر فقهى وشرعى مثل الالتجاء الى الحرم ـ كما سياتى فى كلماتهم ـ و يترتبون على هذا الركن مصاديق مثل الغلط والهزل والسكر و...

ولكن العامة على حسب تتبعى لا يجعلون القصد بعنوانه الوجودى من الاركان او الشرائط فى مطلق العقود والايقاعات ـ الا فى اليمين ولعله لكونه منصوصاً كما

---

١ ـ *المكاسب* ٣ : ٢٩٥

ياتى فى كلماتهم فوافقوا الشيعة فى هذه الفتوى ـ بل يبحثون اولاً فى بعض العقود والايقاعات وثانياً لا بعنوان كونه القصد ركناً اوشرطاً بل يبحثون فى ذلک الموقع فى مصاديق عدم القصد ـ يعنى فى تلک الموارد عدم القصد بعنوانه السلبى يكون شرط الصحة.

بل ترقوا فى الطلاق والنكاح وقالوا عدم القصد فى الهازل والسكران غير مخل لوقوعهما ومن الطريف استنادهم بكلام مولى الشيعة امير المومنين على عليه افضل صلوات المصلين.

و لمزيد البيان وتمامية الكلام والاستفادة ناتى اولاً ببعض كلمات فقهاء الخاصة فى مطلق العقود والايقاعات بل فى غيرها والعامة ان ظفرنا بها وثانياً ناتى بكلماتنا وكلماتهم فى اليمين وثالثاً: ننعقد لباب الطلاق والنكاح فصلاً مشبعاً من اقوالهم واقوالنا وعليه التكلان.

الباب الاول:

(فى ما فيه وفاقنا معهم وهو اليمين فقط)

قال المحقق الحلى فى شرائع الإسلام:

ويعتبر فيه (فى الحالف) البلوغ، وكمال العقل، والاختيار، والقصد. فلا ينعقد: يمين الصغير، والمجنون، ولا المكره، ولا السكران، ولا الغضبان إلا أن يملک نفسه[١].

قال العلامة الحلى فى تحرير الأحكام:

لا تنعقد اليمين عندنا إلا بالقصد، سواء نطق بما ثبت له العرفان كقوله: والله، والرحمن، أو ثبت له العرف الشرعى كقوله: أقسم بالله، أو العادى كقوله: وحق

---

١ ـ *شرائع الاسلام* ٣ : ٧١٢

الله، أو لم يثبت له عرف أصلا، كقوله: أعزم بالله[١].

قال ابن العلامة بعد بيان حقيقة اليمين في إيضاح الفوائد:

وكل ذلك تنعقد به مع القصد لا بدونه[٢].

قال النووي الشافعي في روضة الطالبين:

من سبق لسانه إلى لفظ اليمين بلا قصد، كقوله في حالة غضب أو لجاج أو عجلة أو صلة كلام: لا والله، وبلى والله لا تنعقد يمينه، ولا يتعلق به كفارة. ولو كان يحلف على شئ، فسبق لسانه إلى غيره، فكذلك. وهذا كله يسمى: لغو اليمين.

وإذا حلف وقال: لم أقصد اليمين صدق، وفي الطلاق والعتاق والايلاء لا يصدق في الظاهر، لتعلق حق الغير به.

قال الامام في الفرق: جرت العادة بإجراء ألفاظ اليمين بلا قصد بخلاف الطلاق والعتاق، فدعواه فيها تخالف الظاهر، فلا يقبل. قال: فلو اقترن باليمين ما يدل على القصد، لم يقبل قوله على خلاف الظاهر[٣].

قال في مغني المحتاج:

(من سبق لسانه إلى لفظها) أي اليمين (بلا قصد) لمعناها (لم تنعقد) يمينه لقوله تعالى(لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان) أي قصدتم بدليل الآية الأخرى(ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم) ولغو اليمين كما قالت عائشة قول الرجل لا والله وبلى والله[٤].

قال النووي في المجموع:

---

١ ـ *تحرير الاحكام* ٤ : ٢٩٦

٢ ـ *إيضاح الفوائد* ٤ : ٢

٣ ـ *روضة الطالبين* ٨ : ٣

٤ ـ *مغني المحتاج* ٤ : ٣٢٤

قال الصنعانی فی سبل السلام فی حدیث عائشة الذی أخرجه البخاری موقوفا وأخرجه أبو داود مرفوعا فی قوله تعالی ﴿لا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَـٰنِكُمْ﴾ هو قول الرجل لا والله وبلی والله، قال: فیه دلیل علی أن اللغو من الایمان مالا یکون عن قصد الحلف، وإنما جری علی اللسان من غیر إرادة الحلف وإلی تفسیر اللغو بهذا ذهب الشافعی ونقله ابن المنذر عن ابن عمر وأبن عباس وغیرهما من الصحابة وجماعة من التابعین، وذهب الهادویة والحنفیة إلی أن لغو الیمین أن یحلف علی الشیئ یظن صدقه فینکشف خلافه، وذهب طاوس إلی أنها الحلف وهو غضبان، ثم قال: وتفسیر عائشة أقرب لأنها شاهدت التنزیل وهی عارفة بلغة العرب[١].

ولکن مع ذلک کله تقل فی نظریة العقد فی الفقه الجعفری ان الاحناف علی خلاف ذلک والیک نصه:

و یبدو ان الأحناف یعتدون بیمین الخاطئ و الهازل کما نص علی ذلک فی البدائع[٢].

الباب الثانی

(فی مطلق العقود والایقاعات والامور القصدیة)

١ ـ الاقرار: قال العلامة الحلی فی قواعد الأحکام[٣]

وکذا (لا یقبل) لو أقر من غیر قصد: کالسکران والنائم والساهی والغافل.

ونقل النووی الاستدلال بعدم صحة اقرار السکران والیک نصه:

وقد استدل بعدم صحة إقرار السکران بقصة ماعز حین قال للنبی صلی الله علیه

---

١ ـ *المجموع* ١٨ : ٨

٢ ـ *نظریة العقد فی الفقه الجعفری* : ٢٠٦

٣ ـ *قواعد الاحکام* ٣ : ٥٢٣

وسلم: أشرب خمرا، فقام رجل فاستنكهه فلم يجد منه ريح خمر إلخ الحديث، وقد قاس صاحب المنتقى إقرار السكران على طلاقه حين ساق حديث ماعز في كتاب الطلاق مع أن الحديث لا صلة له بالطلاق البتة، وهو اجتهاد سليم[١].

٢ ـ التجارة: قال المحقق الكركي في جامع المقاصد:

واعلم أن التجارة قد عرفها الأصحاب في الزكاة بشئ يستفاد من تعريفهم مال التجارة، وهي: عقد المعاوضة إلي آخره، فيعتبر في كونها تجارة قصد الاكتساب سواء كان بعقد البيع أو الصلح أو غيرهما[٢].

وقال صاحب كتاب البيع:

التلفظ والتعاطي غلطا واشتباها ـ كمن أراد أن يقول: «قمت» فسبق لسانه وقال: «بعت داري» أو أعطي سلعته كذلک ـ ليس بمعاملة. ومن تلفظ عن إرادة والتفات، لكن أراد إيجاد اللفظ من دون استعماله في المعنى، كمن قال: «بعت داري لفظ موضوع» أو استعمل الألفاظ في معانيها، لكن أراد الحكاية التصورية، كمن قال: «بعت داري من زيد، غير آجرت داري» أو استعملها في المعاني التصديقية، لكن لم يكن جده تحقق مدلول العقد، كالمستعمل مجازا أو كناية، بناء على ما هو التحقيق من استعمال الألفاظ في معانيها الحقيقية في المجازات والكنايات، فلم ينشئ المعاملة، وكل ذلک ليس بمعاملة. فلا بد فيها من إرادة إيقاع مدلول العقد جدا، سواء في المعاطاة مما يكون التعاطي لذلک، أو العقود اللفظية، واعتبار ذلک لا إشكال فيه.

وعمّم شرطية القصد الى المعاملات المعاطاطية واليک نصّه: أقول: لا شبهة في اعتبار ذلک في المعاملات الجارية باللفظ، ولا في اعتبار القصد لمدلول العقد

---

١ ـ *المجموع للنووي* ١٧ : ٦٣

٢ ـ *جامع المقاصد* ٤ : ٥

فى المعاطاة[1].

قال فى نظرية العقد فى الفقه الجعفرى:

أما الغلط فى العقود كالبيع و نحوه، فلو ادعاه أحدهما و صدقه الطرف الآخر، فقد اختلف آراء الأحناف فى ذلک، فرجع بعضهم قياسه على عقد المكره بمعنى انه ينعقد و لا ينفذ، فيكون العقد فاسداً لفوات الرضا و وجود الاختيار فيه، كالمكره لأن التلفظ به ليس من لوازم الطبيعة، بل هو نتيجة حركة اختيارية، كما نص على ذلک فى كشف الأسرار ج ٤ ص ٣٨١، و فى مرآة الأصول ص ٣٥٨.

و ذهب آخرون من الأحناف إلى قياسه على عقد الهازل بمعنى انه يكون فاسداً مثله و أسوأ حالاً منه لأن المخطئ ليس بقاصد للفظ و لا لحكمه، و مع ذلک فهو ملحق به فى الحكم فلا ينتقل المبيع إليه بالقبض كالهازل و مثلوا لذلک بما لو أراد ان يقول: سبحان الله فجرى على لسانه بعت هذا منک بألف و قبل الطرف الآخر.

و هناک رأى ثالث اختاره جماعة و منهم الأستاذ على الخفيف، و هو بطلان عقد الخاطئ لأن الخاطئ لا إرادة له، و هو مغلوب على أمره فى انحرافه عن التعبير المقصود إلى غيره.

و ذهب الشافعية و الحنابلة و ابن حزم الظاهرى إلى عدم الاعتداد بعبارة الخاطئ عملاً بالإرادة الباطنة المقدمة على الإرادة الظاهرة المستفادة من ظاهر اللفظ، كما تنص على ذلک كتب الأحناف.

و أكد ابن القيم الفقيه الحنبلى وجوب الأخذ بالإرادة الباطنة و عدم جواز التعويل على الصيغة الصادرة خطأ، و قال فى إعلام الموقعين: ان فعل الناسى و المخطئ بمنزلة فعل النائم فى عدم التكليف، و قد رتب الله الأحكام على الألفاظ من حيث دلالتها على قصد المتكلم و إرادته، فإذا تيقنا انه قصد الكلام

---

١ ـ *البيع* ٢ : ٤٩

و لم يقصد المعاني، فإن الشارع لا يلزمه بما لم يقصده، و عندما نعلم ان المعنى لم يكن مقصوداً له لم يجز ان نجعل اللفظ دليلاً على ما تيقنا خلافه[1].

٣ ـ العتق: قال المحقق الحلي في شرائع الإسلام:

أما العتق: ولو كان اسمها حرة، فقال: أنت حرة، فإن قصد الإخبار لم تنعتق، وأن قصد الإنشاء صح ولو جهل منه الأمران، ولم يمكن الاستعلام، لم يحكم بالحرية لعدم اليقين بالقصد، وفيه تردد، منشأه التوقف بين العمل بحقيقة اللفظ، والتمسک بالاحتمال[2].

ونقل نظرية العقد في الفقه الجعفري من الشيخ الطوسي قول ابي حنيفة من:

انه لا يصح منه إذا وقع غلطاً، و روى عنه أبو يوسف انه يصح كالطلاق[3].

٤ ـ التدبير: قال الشريف المرتضى في الانتصار:

ومما انفردت به الإمامية أن التدبير لا يقع إلا مع قصد إليه واختيار له، ولا يقع على غضب ولا إكراه ولا سكر ولا على جهة اليمين، وتكون القربة إلى الله تعالى هي المقصودة به دون سائر الأغراض، وخالف باقي الفقهاء في هذه المسائل والدلالة على صحة مذهبنا فيها كلها: ما قدمناه في باب العتاق وشروطه، وأنه لا يقع على هذه الوجوه التي قلنا أنه لا يقع عليها، والطريقة في الأمرين واحدة[4].

قال المحقق الحلي في شرائع الإسلام:

ويشترط في الصيغة المذكورة (في التدبير)شرطان: الأول: النية فلا حكم: لعبارة

---

١ ـ *نظرية العقد في الفقه الجعفري* : ٢٠١

٢ ـ *شرائع الاسلام* ٣ : ٦٥٩

٣ ـ *نظرية العقد في الفقه الجعفري* : ٢٠٦

٤ ـ *الانتصار* : ٣٧٦

الساهي ولا الغالط، ولا السكران، ولا المكره الذى لا قصد[١].

٥ ـ الصيد: قال الشهيد الثاني في الدروس (فى شرائط حلية الصيد بالرمى):

الثاني: القصد إلى الإصابة بها، فلو وقع السهم من يده فجرح الصيد فقتله لم يحل

الثالث : قصد جنس الصيد، فلو قصد الرمى لا للصيد لم يحل،

وقال أيضا: (فى شرائط حلية الصيد بالكلب المعلم): أن يكون الارسال للصيد فلو أرسله لا للصيد فصادف صيداً فقتله لم يحل. الخ،[٢].

قال السيد على الطباطبائى فى رياض المسائل:

وأما الأعمى، فإن تصور فيه قصد الصيد المشترط في إباحته حل صيده، وإلا فلا. وأن يكون مرسلا و قاصدا بإرساله الصيد فلو استرسل الكلب بنفسه من غير أن يرسله أو أرسله لكن لا بقصد الصيد ـ كما إذا رمى سهما إلى هدف فصادف صيدا فقتله ـ أو أرسله لكن مقصوده ليس محللا ـ كما لو ظنه خنزيرا فأصاب محللا ـ لم يحل بلا خلاف ظاهر، بل عليه فى الأول الإجماع فى الخلاف للخبر: إذا أرسلت كلبك فكل حيث قيد تجويز الأكل بالإرسال، فلا يجزئ الاسترسال. ولا مع عدم القصد، لأنه فى قوته. قيل: وفيه نظر.

ولعل وجهه إما قصور السند، وليس بوجه، لانجباره بالعمل. أو ضعف الدلالة، بقوة احتمال ورود الشرط مورد الغالب، فلا عبرة بمفهومه. وهو وجيه، إلا أن الأصل المتقدم المعتضد بعدم الخلاف دليل فى المقامين قوى[٣].

٦ ـ الاحياء: قال الشيخ الجواهرى في جواهر الكلام في بيان شرائط الاحياء:

نعم زاد فى الدروس على ذلك كله قصد التملك، وفى المسالك أن المصنف أشار إليه بذكر الشرائط المزبورة للتملك الذى هو إرادة الملك، فيستلزم

---

١ ـ *شرايع الاسلام* ٣ : ٨٩

٢ ـ *الدروس* ٢ : ٣٩٨ و ٣٩٤

٣ ـ *رياض المسائل* ١٢ : ٥٠

القصد بخلاف ما لو جعلها شرطا للملک.

وفيه: أنه لا دليل على اشتراط ذلک، بل ظاهر الأدلة خلافه، والاجماع مظنة عدمه لا العکس، کما أن دعوى الانسياق من النصوص ولا أقل من الشک واضحة المنع وإن مال إليه في الرياض لذلک. وعدم ملک الوکيل والأجير الخاص لا لعدم قصد تملکهما وقصد تملک غيرهما، بل لصيرورة الاحياء الذى هو سبب الملک لغيرهما بقصد الوکالة والإجارة، فيکون الملک له، فلا يستفاد من ذلک اشتراط قصد التملک کما توهم بل لا يستفاد منه اعتبار عدم قصد العدم فضلا عن المقصد، ضرورة ظهور الأدلة في أنه متى وجد مصداق إحياء ترتب الملک عليه وإن قصد العدم، لأن ترتب المسبب على السبب قهرى وإن کان إيجاد السبب اختياريا، اللهم إلا أن يشک في السبب حينئذ. وفيه منع، لاطلاق الأدلة، بل لعل ما سمعته من ملک الموکل والمستأجر بفعل الوکيل والأجير الخاص وإن لم يقصد الاحياء دليل على ما قلنا، فتأمل جيدا فإنه دقيق جدا، فالمتجه حينئذ إرادة الملک من التملک وانکار ذلک شرطا، والله العالم[1].

٧ ـ الغصب: قال الشيخ الجواهرى في جواهر الکلام في شرح کلام شرائع ورد ابى حنيفة وتلميذه في صحة غصب العقار:

ضرورة کونه (يتحقق) عرفا (غصبه باثبات اليد عليه مستقلا من دون إذن المالک) من غير فرق بين أن يزعج المالک فيخرجه ويدخلها بقصد السکنى وعدمه بأن يستولى عليها ويتسلم مفاتيحها وإن لم يدخلها أصلا.

لکن في القواعد أنه يتحقق الغصب في العقار بالدخول وإزعاج المالک، فإن أزعج ولم يدخل أو دخل لا بقصد الاستيلاء ولم يزعج لم يضمن.

ويمکن حمله على إرادة تحقق الغصب بذلک، خصوصا مع ملاحظة کلامه في التذکرة، لا توقفه عليه کما فهمه منه في المسالک، وأورد عليه بالساکن مع

---

١ ـ *جواهر الکلام* ٣٨ : ٣٢

المالک، ویغصب العقار مع غیبة المالک.

ثم الظاهر أن تقییده بقصد الاستیلاء للاحتراز عن الداخل لا بقصده بل لینظر إلیه لیتخذ مثله مثلا، فإنه لیس بغاصب عرفا قطعا.

لکن لو انهدمت فی تلک الحال فعن التذکرة فی الضمان إشکال ینشأ من أنه قد حصل التلف فی یده کما لو أخذ منقولا من بین یدی مالکه لینظر إلیه فتلف، فإنه یضمنه، ومن الفرق بینهما بأن الید علی العقار حکمیة لا حقیقیة کالید علی المنقول، فلا بد فی ثبوت الید علی العقار من أمر آخر، وهو قصد الاستیلاء[1].

٨ ـ الهبة: قال الشهید الثانی فی مسالک الأفهام:

وهی (الهبة) تفتقر إلی الایجاب والقبول والقبض. فالایجاب کل لفظ قصد به التملیک المذکور کقوله ـ مثلا ـ: وهبتک وملکتک[2].

٩ ـ الدین: قال فی جامع المقاصد ذیل قول العلامة: (ولو التجأ المدیون إلی الحرم لم تجز مطالبته):

ظاهر هذه العبارة: أنه التجأ إلی الحرم متحصنا به من المطالبة بالدین، إذ لا یقال لمن دخل حصنا اتفاقا، أو لحاجة أخری، ولا لمن جاء شخصا مهابا لا لغرض التحصن به ملتجئا إلیه. فعلی هذا لو دخل الحرم لنسک ونحوه، لا علی قصد الالتجاء تجوز مطالبته إذا کان موسرا، واختاره فی التحریر وهو فتوی ابن إدریس.

١٠ ـ الارتداد: قال الشهید الاول:

لا حکم لارتداد الصبی. والمجنون. والمکره[3]

وقال الشهید الثانی فی ذیله:

لکن یؤدب الأولان. والسکران فی حکم المجنون فلا یرتد بتلفظه حالته بکلمة

---

١ ـ *جواهر الکلام* ٣٧ : ٢١

٢ ـ *مسالك الافهام* ٦ : ٧

٣ ـ *اللمعة* : ٢٦٤

الكفر، أو فعله ما يوجبه، كما لا يحكم بإسلامه بكلمة الاسلام لو كان كافرا وإلحاقه بالصاحی فی وجوب قضاء العبادات لا يوجب الحاقه به مطلقا مع العلم بزوال عقله الرافع للخطاب. وكذا لا حكم لردة الغالط. والغافل. والساهی. والنائم. ومن رفع الغضب قصده وتقبل دعوى ذلک كله[١].

الباب الثالث

(فی النكاح والطلاق)

ا ـ الامامية

(عدم القصد)

قال الشيخ فی الخلاف:

إذا قال لامرأة: أنت طالق ظنا منه أنها أجنبية أو نسی أن له امرأة، فقال: كل امرأة لی طالق فإنه لا يلزمه الطلاق. وقال الشافعی: يلزمه.

دليلنا: ما قدمناه من أن الطلاق يحتاج إلى نية، فإذا ثبت ذلک فهذا لم يقصد الايقاع. وإنما قصد إلى اللفظ، وذلک لا اعتبار به عندنا[٢].

وقال فی شرح اللمعة ـ ذيل قول الشهيد الاول (والقصد) ـ :

مثله ما لو ظن زوجته أجنبية بأن كانت فی ظلمة، أو أنكحها له وليه، أو وكيله ولم يعلم، ويصدق فی ظنه ظاهراً[٣]

قال الشيخ الجواهری فی جواهر الكلام:

(و) على كل حال فقد ذكر غير واحد تفريعا على الشرط المزبور أنه (لو نسی أن له زوجة فقال: «نسائی طوالق» أو «زوجتی طالق» ثم ذكر لم يقع به فرقة)

---

١ ـ *شرح اللمعة* ٩ : ٣٤٢

٢ ـ *الخلاف* ٤ : ٥٠٦

٣ ـ *شرح اللمعة* ٦ : ٢٢

بل لا خلاف أجده فيه، لأنه غير قاصد لطلاق زوجته من اللفظ أصلاً.

و قال ايضا:

ومن ذلک أو يقرب منه عدم جريان حکم الطلاق على من ذکر الصيغة للتعليم أو للحکاية أو تلقينا من غير قصد لمعناها ولا فهم له أو نحو ذلک مما لا يريد منها الطلاق بالمعنى المزبور[١].

قال الشهيد الثانی فی مسالک الأفهام:

ومن هذا الباب ما لو نسی أن له زوجة فقال: نسائی طوالق، أو: زوجتی طالق، ثم ذکر بعد التلفظ بذلک أن له زوجة، فإنه لا يقع فی نفس الأمر، لأنه غير قاصد لطلاق زوجته من اللفظ أصلا. وأما فی الظاهر فيحکم عليه به. ويظهر من المصنف وأکثر الأصحاب قبول قوله فی عدم القصد[٢].

قال الفاضل الهندی فی کشف اللثام:

(ولو نسی أن له زوجة فقال: «زوجتی طالق» لم يقع) لانتفاء القصد إلا مع قيام القرينة المکذبة له. (ويصدق ظاهرا فی) دعوى (عدم القصد لو ادعاه وإن تأخر ما لم تخرج العدة) کذا ذکره الشيخ وغيره؛ للأصل، وکونه خبرا عن نيته التی لا تعلم إلا من جهته. والفرق بين ما بعد العدة وما قبلها: أنها فی العدة فی علقة الزوجية، وبعدها قد بانت، وربما تزوجت بغيره فلا يسمع قوله فی حقه وإن صدقته. ولأن الإمهال إلى انقضاء العدة وتعريضها للأزواج قرينة ظاهرة على کذبه، فهذا فرق ما بينه وبين البيع وسائر العقود، حيث لا يقبل قول العاقد فيها، لأنها بمجردها ناقلة. وقد يقال: إن الظاهر يعارض الأصل مطلقا. لأن القصد هو الظاهر إلا أن تصدقه المرأة فيقبل لعدم المعارض. وأما مع إنکارها فهی کالمشتری فی البيع، ولا يتفاوت الحال بانقضاء العدة وعدمه، وإن کانت قرينة

---

١ ـ *جواهر الکلام* ٣٢ : ٨

٢ ـ *مسالک الافهام* ٩ : ١٠٩

الكذب مع الانقضاء أوضح. وإن خصت العدة بالرجعية ـ كما قيل ـ لم يكن في الحقيقة قبولا لقوله لموافقته الأصل، وإنما يكون إنكاره القصد رجعة. وخبر منصور بن يونس عن الكاظم (عليه السلام) يؤيد العدم، لقوله (عليه السلام) فيمن طلق بلا نية وإنما حمله عليه بعض أقاربه: أما بينك وبين الله فليس بشيء، ولكن إن قدموك إلى السلطان أبانها منك إلا أن يراد السلطان الجائر. (ودين بنيته باطنا) على كل حال، فإن كذب لم يقربها، ولم يرثها إن ماتت، وإن صدق أنفق عليها، وجدد لها الطلاق إن أرادت التزوج بالغير إلى غير ذلك.[١]

(السكران)

قال الشيخ الجواهري في جواهر الكلام:

لا يصح طلاق المجنون و السكران و من زال عقله بإغماء أو نوم أو شرب مرقد، لعدم القصد الذي لا بد منه في ترتيب الآثار، بالإضافة إلى النصوص الكثيرة التي تصرح بأنه لا طلاق لهم[٢].

قال الشريف مرتضي في الانتصار:

وبمثل ما ذكرناه أيضا يعلم أن طلاق السكران غير واقع، ووافقنا في ذلك ربيعة والليث بن سعد وداود، واضاف الي هولاء الذين ذكرهم الشريف مرتضي: وأبو ثور والمزني واستدل عليه بانه: زال عقله فأشبه المجنون[٣].

ثم قال الشريف:

وخالف باقي الفقهاء وقالوا: إن طلاق السكران يقع. وإنما قلنا: إن أدلتنا تتناول السكران، لأن السكران لا قصد له ولا إيثار، وقد بينا أن الطلاق يفتقر إلى الإيثار والاختيار.[٤]

---

١ ـ *كشف اللثام* ٨ : ١٠

٢ ـ *جواهر الكلام* ٣٢ : ٨

٣ ، ٤ ـ *الانتصار* للشريف مرتضى : ٣٠٤

(الهزل)

فصّل الشريف مرتضى في حكم الهزل فقال:

إن الهزل ليس هو الذي لا يقصد ولا يعتمد ولا نية لصاحبه، وإنما هو الفعل الذي ليس الغرض فيه صحيحا موافقا للحكمة، فإن اللاعب بالشطرنج وما جرى مجراها يسمى هازلا غير جاد، وإن كان ناويا قاصدا من حيث كان غرضه غير حكمي فكأنه أراد أن طلق وغرضه بالطلاق الذي قصده ونواه إضحاك ضاحك أو إرضاء من لا يجب إرضاؤه. فإن الطلاق يقع ويكون في حكم الجد في الوقوع واللزوم وإن كان هزلا من حيث فقد الغرض الحكمي. فإن قيل: فيجب إذا سمعنا متلفظا بالطلاق على الشرائط التي يقترحونها إذا ادعى أنه لم ينو الطلاق بقلبه أن نصدقه! قلنا كذلك نقول، فإن كان صادقا فيما قال فلا تبعة عليه وإن كان كاذبا في نفي النية فقد أثم وحرج، وعلى الظاهر أنه لم يطلق كما لو طلق مسرا من كل أحد ولم يقف على حاله سواه فإنه يكون مطلقا فيما بينه وبين الله تعالى وعلى الظاهر غير مطلق[1].

قال الشيخ الجواهري في جواهر الكلام:

لو قال لزوجته: «أنت طالق» لظنه أنها زوجة الغير هازلا أو وكالة منه، أو قال: «زوجتي طالق» بظن خلوه من الزوجة، وظهر أن وكيله زوجه، وغير ذلك مما هو فاقد قصد الفراق بينها وبينه والعمد إليه، بل لم أجد من أحتمل الصحة في المقام وإن ذكروه فيمن باع مال الغير فبان أنه ماله، ولعله لظهور الأدلة في المقام باعتبار القصد على الوجه المزبور، بحيث لا يجري فيه احتمال المذكور، ومع فرض اتحاد المقامين يتجه الاستدلال بها على نفيه هناك فتأمل[2].

---

١ ـ *الانتصار* : ٣٠٤

٢ ـ *جواهر الكلام* ٣٢ : ١٧

(الغلط)

قال صاحب نظرية العقد في الفقه الجعفري:

امّا الغلط في التعبير في العقود بنظر الامامية، كما لو قال الأب للخاطب زوجتک ابنتي زينب، و هو يريد غيرها، و قبل منه الزوج مع العلم بأن المراد ابنته الثانية هذا النوع من الغلط و أمثاله مفسد للعقد لعدم كون المعنى مقصوداً للمتعاقدين، و القصد من الشروط التي لا يمكن تجريد العقود منها، و الكلام بعينه يجري بالنسبة إلى الإيقاعات. فلو أراد الزوج ان يقول لزوجته اسقني الماء فغلط و قال لها أنت طالق، لا يقع الطلاق، و لا تترتب أحكامه[1].

قال في الخلاف في حكم من سبق لسانه:

مسألة ١٩: لو قال لها: أنت طالق، ثم قال: أردت أن أقول أنت طاهر، أو أنت فاضلة، أو قال: طلقتک، ثم قال: أردت أن أقول أمسكتک، فسبق لساني فقلت طلقتک، قبل منه في الحكم، وفيما بينه وبين الله.

وقال الشافعي، وأبو حنيفة، ومالک، وجميع الفقهاء: لا يقبل منه في الحكم الظاهر، ويقبل منه فيما بينه وبين الله.

دليلنا: إجماع الفرقة. وأيضا: فإن اللفظ إنما يكون مفيدا لما وضع له في اللغة بالقصد والنية، فإذا قال: لم أنوه، قبل قوله ورجع إليه، لأنه ليس على وجوب نفاذه دليل. وأيضا قوله صلى الله عليه وآله: (الأعمال بالنيات. وإنما لكل امرئ ما نوى). دليل على ذلک[2].

قال العلامة الحلي في إرشاد الأذهان:

ويشترط فيهما التكليف [والاختيار] والحرية أو إذن المولى، فلا اعتبار بعقد

---

١ ـ *نظرية العقد في الفقه الجعفري* : ٢٠٦

٢ ـ *الخلاف* ٤ : ٤٦٢

الصبي والمجنون والسكران وإن أفاق وأجازه[١].

وقال ايضاً فيما بعد:

ولو قصد الإخبار لم يصح[٢].

وقال العلامة الحلي في تحرير الأحكام:

يشترط في الصيغة النية، فلو تلفظ بالصريح من غير نية لم يقع، ويدين في ذلک لو قال: لم أنو[٣].

قال الشهيد الثاني في شرح اللمعة ذيل قول الشهيد الاول (والقصد):

فلا عبرة بعبارة الساهي، والنائم، والغالط والفرق بين الأول والأخير: أن الأول لا قصد له مطلقاً والثاني له قصد إلى غيرمن طلقها فغلط وتلفظ بها[٤].

قال المحقق الحلي في شرائع الإسلام:

الشرط الرابع: القصد. وهو شرط في الصحة مع اشتراط النطق بالصريح. فلو لم ينو الطلاق لم يقع، كالساهي والنائم والغالط. ولو نسي أن له زوجة فقال: نسائي طوالق، أو: زوجتي طالق، ثم ذكر لم يقع به فرقة[٥].

قال العلامة الحلي في قواعد الأحكام:

الإنشاء: فلو قصد الإخبار لم يقع، ويصدق في قوله لو قصده[٦].

قال العلامة الحلي في قواعد الأحكام:

ولو قال: يا حر أو يا معتق ففي التحرير إشكال ينشأ: من عدم القطع بكونه

---

١ ـ *إرشاد الاذهان* ٢ : ٦

٢ ـ *السابق* ٢ : ٤٣

٣ ـ *تحرير الاحكام* ٤ : ٦٠

٤ ـ *الروضة البهية* ٦ : ٢١

٥ ـ *شرائع الاسلام* ٣ : ٥٨٠

٦ ـ *قواعد الاحكام* ٣ : ١٢٩

إنشاء. ولو كان اسمها حرة فقال: أنت حرة، فإن قصد الإخبار بالاسم لم تعتق، وإن قصد الإنشاء للعتق صح. ولو جهل رجع إلى نيته، فإن تعذر الاستعلام لم يحكم بالحرية[١].

قال العلامة الحلي في قواعد الأحكام:

وكذا لو أقر من غير قصد: كالسكران والنائم والساهي والغافل[٢].

قال الشهيد الثاني في مسالک الأفهام في شرح قول شرايع (القصد):

القصد معتبر في صحة التصرفات القولية من الطلاق وغيره اجماعا. ويدل عليه في الطلاق بخصوصه صحيحة هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا طلاق إلا لمن أراد الطلاق» وقول الباقر عليه السلام: «لا طلاق على سنة وعلى طهر من غير جماع إلا بنية. ولو أن رجلا طلق ولم ينو الطلاق لم يكن طلاقه طلاقاً.»

والمراد به أن يكون قاصدا بلفظ الطلاق ـ مثلا ـ معناه، ولا يكفي القصد إلى لفظه من غير قصد معناه. ثم عدم القصد قد يكون متخلفا عنهما معا، كالنائم تجرى كلمة الطلاق على لسانه، ومثله الساهي، وقد قال صلى الله عليه وآله وسلم: «رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق» ولو استيقظ النائم وقد جرى لفظ الطلاق على لسانه فقال: أجزت ذلک الطلاق أو أوقعته، فهو لغو.

وقد يكون القصد متخلفا عن المعنى دون اللفظ كالغالط. بأن سبق لسانه إلى لفظ الطلاق في محاورته وكان يريد أن يتكلم بكلمة أخرى. فإنه لا يقع طلاقه، لعدم القصد إلى معناه[٣].

---

١ ـ *السابق* ٣ : ٢٠١

٢ ـ *السابق* ٣ : ٥٢٣

٣ ـ *مسالك الافهام* ٩ : ٢٦

قال الشيخ الجواهری فی جواهر الكلام فی شرح قول الشرايع (القصد) فی وقوع الطلاق:

بمعنى كونه قاصدا بلفظ الطلاق معناه فی المقام وفی غيره من التصرفات القولية بلا خلاف أجده فيه بيننا، بل الاجماع بقسميه عليه، مضافا إلى قول الباقر والصادق عليهما السلام فی خبر عبد الواحد وصحيح هشام وخبر اليسع ومرسل ابن أبی عمير: «لا طلاق إلا لمن أراد الطلاق» وقول الباقر عليه السلام «لا طلاق على سنة وعلى طهر بغير جماع إلا بنية، ولو أن رجلا طلق ولم ينو الطلاق لم يكن طلاقه طلاقاً» ويقرب منه خبر اليسع إلى غير ذلک من النصوص المعتضدة بعموم «لا عمل إلا بنيةً وإنما الأعمال بالنيات» بناء على إرادة القصد منها لا خصوص القربة[1].

ب ـ العامة

(الغلط)

ان الأحناف قد رجحوا وقوع النكاح و الطلاق فی المثالين

(١ ـ لو قال الأب للخاطب زوجتک ابنتی زينب، وهو يريد غيرها، وقبل منه الزوج مع العلم بأن المراد ابنته الثانية ٢ ـ فلو أراد الزوج ان يقول لزوجته اسقنی الماء فغلط و قال لها أنت طالق) و تحيزوا إلى الألفاظ متجاهلين إرادة المتعاقدين و مقاصدهما، و متمسكين بالإرادة الظاهرية التی لا تنفک عن إنشاء اللفظ سواء طابقت الإرادة الباطنية القائمة فی نفس المتكلم، أو تخلفت عنها[2].

(الخطا)

قال فی نظرية العقد فی الفقه الجعفری:

---

١ ـ *الجواهر* ٣٢ : ١٧

٢ ـ *المجموع* ١٧ : ٥٦

و من الموارد التي تتخلف فيها الصيغة عن الإرادة الخطأ الواقع من العاقد في مقام التعبير عن إرادته، و قد عرفه صدر الشريعة في متن التنقيح. بأن يفعل فعلاً أو يتكلم بكلام من غير ان يكون قاصدا له، و عرفه السنهوري في مصادر الحق بأنه مغايرة التعبير الذي صدر منه للتعبير الموافق لإرادته، و عرفه آخرون بما هو قريب من ذلک، و المعنى المتحصل من تعاريفهم، بأنه عبارة عن تخلف الصيغة عن المعنى المراد إنشائه بالعقد غلطاً منه، و قد مثلوا له بما لو قال انسان لزوجته اسقني الماء فغلط و قال لها أنت طالق: و بما لو قال الأب للخاطب زوجتک ابنتي رنا، و هو يقصد ابنته ندا، و في المثالين لا يمنع هذا الغلط من وقوع الطلاق في المثال الأول و صحة النكاح في الثاني عند الأحناف.

و جاء في البدائع: ان العمد ليس بشرط، أعني يجوز نكاح الخاطئ و هو الذي يسبق لسانه كلمة النكاح من غير قصد، لأن الثابت بالخطإ ليس إلا القصد و هو ليس بشرط لصحة النكاح، بدليل صحة نكاح الهازل.

و من أمثلة الغلط ما لو توجه الغلط على محل العقد، كما لو كان لشخص بنتان و أراد تزويج الكبرى منهما فأوقع العقد على الصغرى صح العقد بالنسبة لها، و كما لو قال انسان لآخر: زوج بنتک لابني، فقال زوجتک قاصداً ابنه، فإذا قبل الأب يصح النكاح له دون الابن، و لو طلقها الأب لا تصح لولده لأن معقودة الأب تحرم مؤبداً على أولاده.

و من أمثلة ذلک: ما لو قال زوجتک ابني لابنتک فقبل الأب يصح له دون الابن كما جاء في الدر المختار، لإسناد الضمير اليه.

و هناک رأي ثالث اختاره جماعة و منهم الأستاذ علي الخفيف، و هو بطلان عقد الخاطئ لأن الخاطئ لا إرادة له، و هو مغلوب على أمره في انحرافه عن التعبير المقصود إلى غيره.

و ذهب الشافعية و الحنابلة و ابن حزم الظاهري إلى عدم الاعتداد بعبارة الخاطئ عملاً بالإرادة الباطنة المقدمة على الإرادة الظاهرة المستفادة من ظاهر

اللفظ، كما تنص على ذلک کتب الأحناف.

و أكد ابن القيم الفقيه الحنبلي وجوب الأخذ بالإرادة الباطنة و عدم جواز التعويل على الصيغة الصادرة خطأ، و قال في إعلام الموقعين: ان فعل الناسي و المخطئ بمنزلة فعل النائم في عدم التكليف، و قد رتب الله الأحكام على الألفاظ من حيث دلالتها على قصد المتكلم و إرادته، فإذا تيقنا انه قصد الكلام و لم يقصد المعاني، فإن الشارع لا يلزمه بما لم يقصده، و عندما نعلم ان المعنى لم يكن مقصوداً له لم يجز ان نجعل اللفظ دليلاً على ما تيقنا خلافه[1].

ذهب الشافعية و الحنابلة و ابن حزم الظاهري إلى عدم الاعتداد بعبارة الخاطئ عملاً بالإرادة الباطنة المقدمة على الإرادة الظاهرة المستفادة من ظاهر اللفظ، كما تنص على ذلک کتب الأحناف. واليک نص المحلى لابن حزم:

و من طلق و هو غير قاصد إلى الطلاق لكن أخطأ لسانه فإن قامت بينة قضى عليه بالطلاق، و ان لم تقم عليه بينة لم يلزمه الطلاق، برهان ذلک قول الله عزوجل ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِۦ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾ و قول الرسول (ص) إنما الأعمال بالنيات، و لكل امرئ ما نوى[2].

ولكن نقول: كيف نستشكف الارادة الباطنية حتى نرجحها على الارادة الظاهرية هل بصرف ادعاء وقوع الخطاء من الموقع يمكن ان نحكم عليه وان كان اللفظ ادلّ دالّ من الدوالّ على المرادات.

(الهزل)

قال صاحب نظرية العقد في الفقه الجعفري:

و قد فصل بعض فقهاء السنة فيما لو تخلفت الإرادة المبرزة باللفظ عن الإرادة

---

١ ـ *نظرية العقد في الفقه الجعفري* : ٢٠٧

٢ ـ *السابق* : ٢٠٠

الباطنية بين طلاق الهازل و بقية عقوده فحكموا بصحة الطلاق الصادر منه هزلاً و بدون قصد، و فساد جميع عقوده و الحق بعضهم النكاح بالطلاق[١].

ثم نقل من إعلام الموقعين:

فأما طلاق الهازل فيقع عند الجمهور، و كذلك نكاحه كما جاء به النص و هذا هو المحفوظ عن الصحابة و التابعين، و حكاه أبو حفص أيضاً عن أحمد و هو قول أصحابه و طائفة من أصحاب الشافعي على ان طلاق الهازل يصح دون نكاحه، و مذهب مالک الذی عليه العمل بين أصحابه. ان هزل النكاح و الطلاق لازم بخلاف البيع، و قال أبو الخطاب في انتصاره: يصح بيعه و طلاقه، و من قال بصحته فقد قاس سائر التصرفات على النكاح و الطلاق و الرجعة، و قد علل ذلک فی إعلام الموقعين بأن الهازل قد أتى بالكلام غير ملزم بحكمه، و ترتيب الأحكام على الأسباب يعود للشارع لا للعاقد، فإذاأتي بالسبب لزمه حكمه شاء أم أبى[٢]

و نقل ايضا من فی الفقه الإسلامي للأستاذ محمد سلام:

ان بعض المالكية لا يرتبون أثراً على عقود الهازل و جميع إيقاعاته سواء تعلق بها حق الله أو حق عباده[٣].

ثم نقل من النووی فی روضة الطالبين بعد ايجابه القصد فی الطلاق وابطاله لطلاق النائم ومن سبق لسانه والملقن، قال:

الطلاق والعتق ينفذان من الهازل ظاهرا وباطنا، فلا تديين فيهما، وينفذ أيضا النكاح والبيع وسائر التصرفات مع الهزل على الأصح. وصورة الهزل أن يلاعبها بالطلاق بأن تقول فی معرض الدلال والاستهزاء: طلقنی، فقال: طلقتک، فتطلق، لأنه خاطبها قاصدا مختارا، ولم يصرف اللفظ إلى تأويل، فلم تدين، بخلاف من

---

١ ـ *نظرية العقد فی الفقه الجعفری* : ٢٠١

٢ ـ *إعلام الموقعين* : نقلا من *نظرية العقد فی الفقه الجعفری* : ٢٠١

٣ ـ *الفقه الإسلامی* نقلا من *نظرية العقد فی الفقه الجعفری* : ٢٠١

قال: أردت طالق من وثاق[١].

قال في الفقه على المذاهب الاربعة:

واما الشروط المتعلقة بالعاقدين وهما الزوج والزوجة فمنها العقل ـ وهو شرط في انعقاد النكاح ـ فلا ينعقد نكاح المجنون والصبي الذى لا يعقل اصلاً.

ومنها البلوغ والحرية وهما شرطان للنفاذ. فاذا عقد الصبي الذى يعقل والعبد فان عقدهما ينعقد ولاينفذ الا باجازة الولي والسيد[٢].

وقال فيه ايضاً:

اتفقوا على ان النكاح ينعقد ولو هزلاً فاذا قال شخص لآخر زوجتک ابنتي فقال: قبلت وكانا يضحكان انعقد النكاح كالطلاق والعتق فانهما يقعان بالهزل[٣].

رد الشريف في السكران دليل العامة بما يناسب للطلاق الهزلي ايضاً وهو قوله:

وإن خالف باقي الفقهاء في ذلک فإن استدلوا بما يروونه عنه عليه السلام من قوله: ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والعتاق، والهزل ما لا نية فيه وقد جعله النبي (عليه السلام) في الطلاق مثل الجد. قلنا: هذا أيضا خبر واحد. وقد دللنا على أن أخبار الآحاد لا يعمل بها في الشريعة.

والشيخ الجواهري ايضا رد تمسكهم بما رووا عن النبي بقوله:

وقد رووا عن النبي صلى الله عليه وآله «ثلاثة جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة» ولم يثبت الخبر المزبور عندنا، بل من المقطوع به خلافه، بل الظاهر من الإرادة في النصوص المزبورة وغيرها الرضا والعمد إلى ذلک على وجه ينافيه[٤].

---

١ ـ *روضة الطالبين* ٦ : ٥٠ نقلا من *نظرية العقد في الفقه الجعفري* : ٢٠١

٢ ـ *الفقه على المذاهب الاربعة* ٣ : ١٦

٣ ـ *السابق* ٣ : ٢٤

٤ ـ *الجواهر* ٣٢ : ١٩

(السكران)

وقد قال الشوكاني:

وقد اختلف أهل العلم في ذلك فأخرج ابن أبي شيبة بأسانيد صحيحة عدم وقوع طلاق السكران عن أبي الشعثاء وعطاء وطاوس وعكرمة والقاسم بن محمد وعمر بن عبد العزيز.

قال في الفتح: وبه قال ربيعة والليث وإسحق والمزني، واختاره الطحاوي، واحتج بأنهم أجمعوا على أن طلاق المعتوه لا يقع، قال والسكران معتوة بسكره وقال بوقوعه طائفة من التابعين كسعيد بن المسيب والحسن وإبراهيم والزهري والشعبي، وبه قال الأوزاعي والثوري ومالك وأبو حنيفة.

قال: وعن الشافعي قولان المصحح منهما وقوعه، والخلاف عند الحنابلة، وقد حكى القول بالوقوع في البحر عن علي وابن عباس وابن عمر ومجاهد والضحاك وسليمان بن يسار وزيد بن علي والهادي والمؤيد بالله، وحكى القول بعدم الوقوع عن عثمان وجابر بن زيد، ورواية عن ابن عباس والناصر وأبي طالب والبتي وداود بن علي[١].

قال ابن قدامه في المغني:

(مسألة) (وطلاق الزائل العقل بلا سكر لا يقع) أجمع أهل العلم على أن الزائل العقل بغير سكر أو ما في معناه لا يقع طلاقه كذلك قال عثمان وعلي وسعيد بن المسيب والحسن والنخعي والشعبي وأبو قلابة وقتادة والزهري ويحيى الأنصاري ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وأجمعوا على أن الرجل إذا طلق في حال نومه لا طلاق له، وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق) وروى عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه

---

١ ـ *المجموع* ١٧ : ٥٦

قال (كل الطلاق جائز الاطلاق المعتوه المغلوب على عقله) رواه النجاد وقال الترمذي لا نعرفه الا من حديث عطاء بن عجلان وهو ذاهب الحديث، وروى باسناده عن علي مثل ذلک ولأنه قول يزيل الملک فاعتبر له العقل كالبيع وسواء زال عقله لجنون أو اغماء أو نوم أو شرب دواء أو اكراه على شرب خمر أو شرب ما يزيل عقله شربه ولا يعلم أنه مزيل للعقل فكل هذا يمنع وقوع الطلاق رواية واحدة ولا نعلم فيه خلافا. فأما ان شرب البنج ونحوه مما يزيل عقله عالما به متلاعبا فحكمه حكم السكران في طلاقه وبهذا قال أصحاب الشافعي وقال أصحاب أبي حنيفة لا يقع طلاقه لأنه لا يلتذ بشربها ولنا انه زال عقله بمعصية فأشبه السكران[1].

قال فى الفقه على المذاهب الاربعة:

يشترط فى المطلق شروط: احدها: ان يكون عاقلاً فلا يصح طلاق المجنون ولو كان جنونه منقطعاً ياتيه مرة ويزول عنه مرة اخرى فاذا طلق حال جنونه لا يعتبر ولا يحسب عليه بعد الافاقة.

والمراد بالمجنون من زال عقله بمرض فيدخل المغمي عليه والمحموم الذى غيبت عقله الحمى فصار يهذى ومن زال عقله بسبب صداع شديد او مرض مخى اما الذى لم يزل عقله ولمنه يغطى و يستتر بسبب تناول مسكر من خمر وحشيش وافيون وكوكائين ونحو ذلک من المخدرات التى تغطى العقل فان تناولها الشخص وهو عالم بانها تزيل العقل ليسكر ويطرب فذهب عقله وطلق امراته فان طلاقه يقع عليه وان تناولها وهو يعتقد انها لا تسكر او تناولها لتوقف ازالة مرضه عليها فغاب عقله وطلق فان طلاقه لا يقع[2].

وقال فى نظرية العقد فى الفقه الجعفرى:

---

١ ـ *المغنى لابن قدامه* ٨ : ٢٥٤

٢ ـ *الفقه على المذاهب الاربعة* ٣ : ٢٩٤

و قد فصل فقهاء السنة بالنسبة إلى السكران بين ان يسكر لعذر شرعى و بين ان يسكر تشهياً، فان كان تشهياً و بلا مسوغ شرعى، فتصح منه جميع التصرفات كالطلاق و البيع و الإجارة و اليمين و النكاح و غير ذلک تأديباً له و عقوبة على جريمته، و لم يخالف بذلک سوى البعض من فقهاء المالكية و الحنابلة و عليه العمل فى المحاكم المصرية، و ان كان السكر لسبب مسوغ لشرب المسكر فلا تصح تصرفاته فى هذه الحالة[1].

وجه الشيخ الجواهرى فى جواهر الكلام عدم اعتبار القصد عند العامة بانه للفرق بين الالفاظ الصريحة والالفاظ الكنائية:

كان استفاضة النصوص فى خصوص المقام فى مقابل المحكى عن العامة من عدم اعتبار القصد مع النطق بالصريح، نعم هو معتبر فى الكناية.

ولعله لذا قال صاحب الشرايع: (وهو شرط فى الصحة مع) قولنا بـ (اشتراط النطق بالصريح) ضرورة عدم الاكتفاء بذلک عنه، فإن مطلق النطق بالصريح أعم من قصد الطلاق به. وحينئذ (فلو لم ينو الطلاق) وإن نطق به (لم يقع، كالساهى) المرفوع عنه حكم سهوه (والنائم) الذى هو أحد من رفع القلم عنه حتى يفيق (والغالط) الذى هو فى الحقيقة لم يقصد اللفظ ولا المعنى، لأنه أراد أن يقول مثلا: «أنت طاهرة» فسبق لسانه فقال: «طالق»[2].

قال الفاضل الهندى فى كشف اللثام:

(الرابع: القصد) إلى إيقاع الطلاق (فلا يقع طلاق الساهى، والغافل، والغالط، وتارک النية) وغيرهم كالهازل بالنص. والإجماع (وإن نطق بالصريح) خلافا لبعض العامة فلم يعتبر فيه القصد. (ومن سبق لسانه) إلى أحد ألفاظه الصريحة أو غيرها (من غير قصد) ويشمله كل من الساهى والغافل والغالط وتارک النية، إلا أنه أراد بالساهى

---

١ ـ *نظرية العقد فى الفقه الجعفرى* : ٢٠١

٢ ـ *جواهر الكلام* ٣٢ : ١٧

من نطق بالطلاق قصدا وهو ساه عن معناه [وبالغافل من لفظ بالطلاق بلا قصد ويحتمل العكس] وبالغالط من نطق وأراد به غير معناه غلطا، كأن أراد به النكاح مثلا. وبتارك النية من هزل به. وبمن سبق لسانه من أراد النطق بغيره فنطق به[١].

ولكن استناد هذا التفصيل الى العامة وتفسير كلام المحقق الحلي بما يناسب رد العامة صرف تبيين العلمي والا يخالف هذا الوجه مع صريح فتاويهم والتفت هو فاستدرک:

نعم قد جوزوا طلاق السكران عصيانا مؤاخذة له بسوء اختياره، نحو ما سمعته منا فى القصاص منه ونحوه مما لا يقاس عليه المقام الذى قد استفاضت النصوص أو تواترت ببطلان طلاقه، وجوزوا طلاق الهازل لأنه قاصد اللفظ والمعنى، لكن قصداً هزلياً[٢].

قال فى نظرية العقد فى الفقه الجعفرى :الاحناف كما ينقل منهم نظرية العقد فى الفقه الجعفرى يقولون بصحة لحوقه بعد ويسمون العقد الفاقد للقصد وللاوصاف فاسداً قابلاً للاصلاح بخلاف الفاقد للاركان فانه يكون باطلاً غير قابل للاصلاح اصلاً. وجعلوا العقود الصورية من العقود الفاسدة كما مر فى فصل بعض مصاديق عدم القصد موضوعا.

و العقود الصورية بجميع إشكالها من العقود الفاسدة لأن العقد تام بجميع أركانه و شروطه، و لم يفقد إلا الإرادة الباطنة، و هى رغبة المتعاقدين و قصدهما إلى المعاوضة بين ماليهما، فان رضيا بعد ذلک بالعقد انقلب صحيحاً، لأن الفساد كان بسبب عدم الرضاء و الرغبة لوجود الهزل و قد زال بالإعراض عنه، و الرغبة فى أحكام العقد[٣].

---

١ ـ *كشف اللثام* ٨ : ١٠

٢ ـ *المجموع للنووى* ١٧ : ٥٧

٣ ـ *نظرية العقد فى الفقه الجعفرى* : ٢٠٠

رابطة اللفظ والقصد

ا. موضع اللفظ بالقصد

كما نعتقد ان اللفظ او الدوال الاخر في صورة المعاطاة بدون القصد يكون هباء منثوراً فنعتقد ايضاً ان صرف القصد بدون تلک الدوال لا اثر له

فلذا قال في العناوين ان القصد الذی يخالف اللفظ فيه غيرمعتبر واليک نصّه:

لو قصد واحدا من الكيفيات ولم يأت بما يدل عليه ـ كما لو قصد التزلزل والجواز وأتى بلفظ مطلق، أو عكس فأتى بلفظ دال على التزلزل وقصد اللزوم ـ فهل القاعدة في هذا المقام البطلان لعدم الدال فی الأول وعدم القصد فی الثانی وكلاهما شرطان، أو الصحة فيهما اكتفاءا بأحد الأمرين فی أصل الكيفية بخلاف الأحكام الخارجية بتبعية اللفظ فی المقامين أو بتبعية القصد فی المقامين؟ وجوه. والذی يقتضيه النظر الصحيح: أن القصد العاری عن اللفظ لا عبرة به، فإن كان قاصدا للنوع وقاصدا لوقوعه جائزا من هذا اللفظ مع أنه بظاهره مفيد للزوم فيلحقه حكم ظاهر اللفظ[1].

---

١ ـ *العناوين الفقهية* ٢ : ٦٢

ولكن نقول لا يلحقه حكم ظاهر اللفظ كما لا يلحقه حكم المقصود ـ ان لم يكن قرينة فى البين ـ بل كما مرّ سابقاً العقد فى الاحكام تابع لاحكام الشارع وفى منطقة الفراغ العقد تابع لقصد المتعاقدين ـ وعلّة الحكم بلزومه ليست التبعية من اللفظ والتخلف عن القصد بل هو لحكم الشارع الحاكم على قصد المتعاقدين.

واضاف:

لا عبرة بالقصد كذلك، وما يعتبر من القصد إلى أصل المعاملة فقد حصل[1].

لان هذا القصد من الاحكام المقصود لا من الاركان.

واضاف ايضاً:

وأما اللفظ العارى عن القصد فباطل ملغى لا أثر له، وليس إلا كقوله: (وهبت) وهو قاصد للبيع، إذ اللفظ المعتبر ما وافق المقصود لا شيئا آخر، فتدبر[2].

ونحن نقول: وان قلنا ان تمام الدخيل للعقد هو القصد ولكن لا ضير من كشفه بطريق عقلائى وهو بحد سنقول فى مبحث تخلف العقد عن القصد بانه فى بعض الموارد نرجح اللفظ على القصد.

واما ظاهر عبارة الشيخ ركنية اللفظ المتعلق به القصد حيث قال:

ومن شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذى يتلفظان به[3].

ولكن نحن نقول بعدم ركنيته وكونه كاشفاً محضاً لا الاكثر نعم من جهة ان ارادة المتعاقدين التى هو تمام الموثر فى تحقق العقد من الأمور الخفية القائمة بالنفس، فلا بد لها من مظهر و كاشف بأحد الوسائل المتعارفة لتأدية المعانى و إلقائها الى المخاطبين كالألفاظ و الكتابة و الإشارة و غير ذلك من وسائل البيان و الإظهار حتى الافعال

١، ٢ ـ *العناوين الفقهية* ٢ : ٦٢

٣ ـ *المكاسب* ٣ : ٢٩٥

بناء علي قبول المعاطاة، و معلوم ان الإرادة الحقيقية من العناصر الأولية التى لا بد من إحرازها أولاً و قبل كل شيء لترتيب الآثار على العقود و غيرها من أنواع المعاملات و الكلام، و لكن الإرادة القائمة فى نفس المتعاقدين لما كانت من الأمور التى يعسر الاطلاع عليها بدون مظهر لها. فقد اعتبر الشرع و القانون طريقة العرف و العقلاء الجارية بينهم على الاعتماد على الألفاظ و غيرها من الوسائل الكاشفة عن مراد المتكلم، و على هذا الأساس يجرى التفاهم بين الناس و تنجلى المقاصد و الأغراض و تنشأ العقود و تتم الاتفاقات، و تؤخذ الأحكام من مصادرها، و من ذلک تبين ان ارادة المتعاقدين ما دامت قائمة بالنفس لا يترتب عليها شيء من الآثار، و لا تكون موضوعا لحكم من اى نوع كان الا بعد التعبير عنها بوسيلة من الوسائل المتعارفة بين الناس فى التعبير عن الإرادة و تمهيدا لهذه الحقيقة لا بد من الإشارة إلى الأمور التالية.

فالصحيح عدم تقييده بـ «العقد الذى يتلفظان به»

والجالب كما يقول فى الفقه الجعفرى:

ان بعض المؤلفين فى العقود ينتسبون الى الشيعة تقديس الألفاظ. والحال ان فقهاء الشيعة مجمعون على هذه القاعدة و لا ينظرون إلي الالفاظ لذاتها، و يعتمدون على إرادة المتعاقدين و يبالغون فى احترامها، و لكنها لما كانت من الأمور الخفية التى لا بد لها من مظهر، و كانتالألفاظ هى السبيل الأفضل الحاكي عما فى النفس، لذلک رتب عليها الشارع الآثار و اعتبرها فى مختلف المواضيع بصفتها معبرة عن إرادة المتكلم و كاشفة عن أغراضه و مقاصده، إلا إذا تبين ان المتكلم لم يأت بها لهذه الغاية، كما لو صدرت منه خطأ أو على سبيل اللغو و الهزل[١].

فبناء على هذا من كون الالفاظ تكون شانيتها تماماً الكشف فلا محل لكيفية

---

١ ـ *نظرية العقد فى الفقه الجعفرى* : ٢١٠

ورود الشيخ فى المسئلة فانه فرّع على كون القصد شرطاً فى صحة العقد بل فى تحقق مفهومه فقال:

فلا يقع من دون قصد إلى اللفظ (لان اللفظ الغير المراد ليس كاشفاً عن قصد)، كما فى الغالط أو إلى المعنى لا بمعنى عدم إستعمال اللفظ فيه، بل بمعنى عدم تعلق إرادته (لان اللفظ الغير المراد ليس كاشفاً عن قصد.)وإن أوجد مدلوله بالانشاء، كما فى الامر الصورى فهو شبيه الكذب فى الاخبار، كما فى الهازل[١].

بل الدخول الصحيح في المسئلة هو ان يقال: ليس لهذه الالفاظ كاشفية نوعية لقصد المتعاقدين.

ومضافاً بناء على هذا يصير محل البحث على هذا هو العقود اللفظية و المعاطاة تخرج منهاوالحال ان الافعال ـ فى المعاطاة الفعلية ـ يخلف عن الالفاظ فقط وفى دلالتهماعلى القصود سيان.

ب. القصد الصرف يغنينا من الانشاء القولى او الفعلى؟

كما صرح الشيخ فيما مر بعدم البيعية لبيع الهازل والبيع الصورى لانه وان كانت الصيغة فيه موجودة ولكن بدليل عدم القصد ليس بيعاً (اما مفهوما او بحمل الشايع كما يقوله الاصفهانى) وكذلک العكس يعنى البيع بدون الصيغة ولو مع القصد فانه ايضاً ليس بيعاً بشرط ان كان للبيع حقيقة شرعية اومتشرعة اولاً و وجوب الصيغة للبيع ثانياً او تفسير البيع بالعقد. فالقصد على هذا لا يغنينا لانه على الفرض بدون الصيغة لا يصدق بيعاً حتى نكتفى بالقصد او لم نكتف.

واليک نصه:

إن قلنا بأن البيع عند المتشرعة حقيقة فى الصحيح ـ ولو بناء على ما قدمناه فى

---

١ ـ *المكاسب* ٣ : ٢٩٥

آخر تعريف البيع: من أن البيع فى العرف اسم للمؤثر منه فى النقل ـ فإن كان فى نظر الشارع أو المتشرعة، من حيث أنهم متشرعة ومتدينون بالشرع، صحيحا مؤثرا فى الانتقال كان بيعا حقيقيا، وإلا كان صوريا، نظير بيع الهازل فى نظر العرف، فيصح على ذلک نفى البيعية على وجه الحقيقة فى كلام كل من اعتبر فى صحته الصيغة، أو فسره بالعقد، لأنهم فى مقام تعريف البيع بصدد بيان ما هو المؤثر فى النقل فى نظر الشارع[١].

وردّ هذا التفصيل الإيروانى فقال:

لكنک عرفت: أن البيع وإن فرضنا أنه اسم للبيع الصحيح الشرعى، لكن يجب صرفه عن هذا المعنى فى خطابات الشارع، لأن هذه الخطابات مسوقة لبيان[٢].

يعنى بدون الصيغة ومع القصد يصدق على البيع فى الخطابات الشرعية انه بيع فيشمل المعاطاة ايضاً.

و يفرض صور فى هيهنا:

١ ـ *القصد بدون ایّ انكشاف مطلقاً اثباتاً*

٢ ـ *القصد والعلم بهذا القصد من غير مبرز*

يقول صاحب القواعد الفقهية : ـ رغم قوله ابتدائاً من ان العقد هو الالتزام القلبى فحسب ـ

ان صرف الإرادة والقصد لا اثر لهما ما لم يكن على طبقهما انشاء، وذلک من جهة انه من أوضح الواضحات ان إرادة تمليک ماله لزيد مثلا بعوض أو بلا عوض لا يلزمه بشئ، لان الذى يجب هو الوفاء بالعقد، وصرف الإرادة والقصد ليس بعقد وان قلنا إن العقد هو العهد المؤكد وانه امر قلبى ولكن لا يسمى بالعقد

---

١ ـ *المكاسب* ٣ : ٢٩٥

٢ ـ *حاشية المكاسب* للايروانى ٢ : ٤١

الا بعد وجود مبرز لذلک التعهد القلبی کالانشاء باللفظ أو بالکتابة أو وضع الید علی الید کما فی البیعة وأحیانا فی بعض المعاملات کالبیع، ولذلک یسمونه بالصفقة، فالعقد هو العهد المبرز بأحد هذه الأمور أو بغیرها مما تعارف بینهم[1].

٣ ـ تواطی المتعاقدین بدون ایّ تصریح به قبل العقد او بعده.

صورة العلم بالقصد ومجرد التواطؤ من دون مقاولة قبل العقد ولا بعده ولا فی أثنائه، لا یکفی لأنه قصد صرف.

یعتقد صاحب العناوین بانه لایکفی صورة تواطی الطرفین بدون تصریح منهما والیک نصه:

وأسوأ حالا منهما صورة العلم بالقصد ومجرد التواطؤ من دون مقاولة قبل العقد ولا بعده ولا فی أثنائه، لأنه قصد صرف، ومجرد العلم بأنه معتقد غیر قادح، فتدبر.

نعم، یجیئ فی هذه الصورة البحث من جهة احتمال أنه شرط کالمذکور فی ضمن العقد، فیبحث فی صحته وفساده باعتبارذلک، ویجیئ الکلام فی کونه قیدا للعقد مفسدا أو لا.

وأما لو قطع النظر عن کونه شرطا، فلاریب أن مجرد هذه القصود لا یتبعها العقود، لا بمعنی تأثیرها فیما تعلق القصد به وجودا وعدما، ولا بمعنی توقفها علی صحته وفساده، فتبصر.

مع أنا نقول: المراد من تبعیة العقد للقصد کونه تابعا لما قصد منه[2].

ثمّ مثّل بامثلة کلها خارجة عن البحث لان هذه القصود والاعتقادات محکومة بالادلة الشرعیة کما قلنا مرارً وموضوع البحث هو القصود فی العقود الشرعیة.

---

١ ـ *القواعد الفقهیة* للبجنوردی ٣ : ١٣١

٢ ـ *العناوین الفقهیة* ٢ : ٦٢

واليک نصّه:

والاعتقادات الخارجية التي توهمها المتعاقدان ليس قصدا متعلقا بالعقد، بمعنى أن القائل: (بعت) معتقدا عدم ضمان المبيع عليه قبل قبضه، أو قوله: (اشتريت) معتقدا عدم ثبوت الشفعة، لا يقصد من قوله: (بعت) عدم الضمان، ولا من قوله: (اشتريت) أن لا يكون شفعة، بل يقصدان من العقد معناه المتعارف ويتخيلان أن الحكم فيه كذلک، وهذا ليس قصدا متعلقا بالعقد حتى يتبعه وإن كان لو اعتقد خلافه لم يفعل[١].

٤ ـ تعارض المبرزات مثل اللفظ مع القصد الادعايي

هذه القاعدة تشمل ثبوتاً:

١ ـ ما يقصده المتعاقدان ويبتنيان عليهما العقد هل الواجب ان يراعى العقد جانب قصدهما ام لا وان لم ينكشف ذلک بالالفاظ الواقعة في العقد يعنى مثلاً تقول العقود تابعة للقصود لا الالفاظ او قل وان لم يتلفظا به؟

٢ ـ كل ما تلفظ به المتعاقدان كالشروط يجب بسبب هذه القاعدة وقوع العقد منضمّاً اليها لان الالفاظ تكون كاشفة عن القصود.

مسئلة: ما هو حكم القصد الصرف في العقود؟

هل يمكن ان يقال: انّ المعاطاة لا تكون الا بالانشاء قولياً ـ في صورة عدم كونه بالصيغة المخصوصة ـ او فعليّاً

فليجب لتبيين الحكم تنقيح محلّ البحث في المعاطاة لكى يتضّح انّ دائرة المعاطاة هل تشمل صورة عدم اللفظ و ماذا يكون حكم القصد الصرف في العقود؟

قال الإصفهانى:

---

١ ـ *العناوين الفقهية* ٢ : ٦٣

إن جميع ما نقله المصنف فى المتن عن الغنية والشرائع والتذكرة والقواعد متطابقة علي أن الكلام في كفاية الفعل عن القول لا في كفاية غير الإنشاء عن الإنشاء[١].

واليک نصّ الإيروانی:

والذى يظهر من بعض العبائر: أن البحث فى المعاطاة صغروى والنزاع فى دلالة الفعل، على قصد البيع وإنشائه ليكون بيعا مفيدا للنقل، وعدم دلالته، فيكون الإنشاء به كالإنشاء بالألفاظ المجملة، أنظر إلى: عبارتى الشرايع والتذكرة، تجدهما شاهدين على ما ذكرناه، وانظر إلى: عبارة الكركي، وفيها: وإنما الأفعال لما لم تكن دلالتها على المراد إلخ.

انظر الى كلام الشهيد تجده احسن شاهد على ذلک من: أن السبب الفعلى لا يقوم مقام السبب القولى فى المبايعات. نعم إذا دل الدليل على ترتب أثر عليه حكم به وإن لم يكن مقصوداً[٢].

لا شکّ بانّ القصد الصرف لايغنينا عن الانشاء بل الانشاء امّا بالصيغة وامّا بالفعل

واما قاعدة تبعية العقد للقصد فالكلام فيه بعد العقد لانّه بالانشاء يكون قوام العقد والتبعية تكون بعد احراز العقدية.

وبالجملة: هل القصد يكفى ام يحتاج الى الصغية الانشائية او الفعل الانشائى؟

و الشيخ ابتدائاً ترتّب كون المعاطاة شاملة للقصد الصرف على مسئلتين المستشكل فى كليهما وفى آخر الكلام اضرب فقال بالاشكال فى طرفين المسئلة ولم يرجع طرفاً فانّه قال فى التنبيه الثامن من المعاطاة ذيل مسئلة:

---

١ ـ *حاشية المكاسب* للاصفهانى ١ : ٩٨

٢ـ *حاشية المكاسب* للايروانى ٢ : ١٢٦

ـ إن وقع الرضا بالتصرف بعد العقد من دون ابتنائه على استحقاقه بالعقد السابق ولا قصد لإنشاء التمليك، بل وقع مقارنا لاعتقاد الملكية الحاصلة، بحيث لولاها لكان الرضا أيضا موجودا، وكان المقصود الأصلى من المعاملة التصرف، وأوقعا العقد الفاسد وسيلة له ـ ويكشف عنه أنه لو سئل كل منهما عن رضاه بتصرف صاحبه على تقدير عدم التمليك، أو بعد تنبيهه على عدم حصول الملك كان راضياً ـ

فإدخال هذا في المعاطاة يتوقف على أمرين: الأول: كفاية هذا الرضا المركوز في النفس، بل الرضا الشأني، لأن الموجود بالفعل هو رضاه من حيث كونه مالكا في نظره.

وقد صرح بعض من قارب عصرنا بكفاية ذلك، ولا يبعد رجوع الكلام المتقدم ذكره إلى هذا، ولعله لصدق طيب النفس على هذا الأمر المركوز في النفس[1].

وردّ عليه الطباطبائي بعدم تماميته بقوله:

ان الرضا الباطني وإن كان كافيا في جواز التصرف في مال الغير، إلا أنه لا يكفي في لحوق حكم المعاطاة من اللزوم بالملزمات وغيره[2].

وقال الشيخ في وصف الامر الثاني:

الثاني: أنه لا يشترط في المعاطاة إنشاء الإباحة أو التمليك بالقبض، بل ولا بمطلق الفعل، بل يكفي وصول كل من العوضين إلى مالك الآخر، والرضا بالتصرف قبله أو بعده على الوجه المذكور[3].

وردّ عليه الطباطبائي كالاول ايضاً فقال:

وأما الثاني: لا بد في تحقق المعاملة من إنشاء قولي أو فعلي فلا يكفي مجرد

---

١ ـ *المكاسب* ٣ : ١١٢

٢ ـ *حاشية المكاسب* للطباطبائي ١ : ٤٠٨

٣ ـ *المكاسب* ٣ : ١١٢

وصول كل من العوضين إلى مالك الآخر.

ودعوى: أن عنوان التعاطي في كلماتهم بمجرد الدلالة على الرضا وأن السيرة التي هي عمدة الدليل موجودة في المقام كما ترى، فإنا نمنع أن مجرد الرضا كاف بل لا بد من الإنشاء الفعلي أو القولي والسيرة ممنوعة ومسألة أخذ الماء والبقل ودخول الحمام ليست من باب المعاطاة، بل من باب الإذن المعلوم بشاهد الحال وعلى فرضه فليست موردا للسيرة المستمرة الكاشفة، كما لا يخفى فالتحقيق: عدم لحوق حكم المعاطاة لهذا القسم، إلا أن يرجع إلى ما ذكرنا من إنشاء التمليك والرضا المطلق بالصيغة الفاسدة بأن يكون هذه الصيغة بمنزلة المعاطاة في إنشاء التمليك والتراضي به مطلقا، فتدبر[١].

وتبعه النائيني في (المكاسب والبيع) فقال:

التحقيق: أن يقال إن هذا الرضا المقارن مع القبض لا يكون معاطاة لا على القول بالملك ولا على القول بالإباحة وذلك لتوقف تحقق المعاطاة بالإنشاء، إذ هي معاملة انشائية أما على القول بالملك فواضح وأما على القول بالإباحة فكذلك لما عرفت في التنبيهات السابقة من أن المنشأ على القول بالإباحة ليس محض إباحة التصرف وإنما هو التسليط، لكن لما كان الفعل التسليطي قاصرا عن كونه مصداقا للبيع عند القائل بالإباحة قال: بأنه يفيد الإباحة.

وقد عرفت: انتفاء الفرق. والثمرة بين القولين وحينئذ كما لا يتحقق التمليك بلا إنشائه كذلك لا تتحقق الإباحة بدون إنشائها وأما صرف الرضا الباطني فهو ليس مما يترتب به أحكام المعاطاة فلا يصح معه التصرفات المتوقفة على الملك. ولا يصير لازما بتحقق إحدى الملزمات المتقدمة هذا هو الذي تقتضيه القواعد. نعم في خصوص ما قامت السيرة على تحقق المعاطاة بمجرد وصول كل من العوضين إلى الآخر يحكم بكونه معاطاة ويلتزم فيه بالملك على القول به

---

١ ـ حاشية *المكاسب* للطباطبائي ١ : ٤٠٩

وبالإباحة وتحقق النقل والانتقال المعاوضي آنا ما قبل تحقق إحدى الملزمات على القول بالإباحة وذلک، كما في مثل المحقرات والدخول في الحمام ووضع الفلوس في كوزة، لكنه على خلاف القاعدة يجب أن يقتصر فيه على ما ثبت جوازه بالخصوص بالسيرة[١].

ولكن كما قلنا في آخر كلامه تردّد الشيخ وقال بانّ فيه اشكالاً واليک نصّه:

وفيه إشكال من أن ظاهر محل النزاع بين العامة والخاصة هو العقد الفعلي كما ينبئ عنه قول العلامة ـ قدس سره ـ في رد كفاية المعاطاة في البيع: إن الأفعال قاصرة عن إفادة المقاصد، وكذا استدلال المحقق الثاني على عدم لزومها: بأن الأفعال ليست كالأقوال في صراحة الدلالة، وكذا ما تقدم من الشهيد *قدس سره* في قواعده: من أن الفعل في المعاطاة لا يقوم مقام القول، وإنما يفيد الإباحة، إلى غير ذلک من كلماتهم الظاهرة في أن محل الكلام هو الإنشاء الحاصل بالتقابض، وكذا كلمات العامة، فقد ذكر بعضهم أن البيع ينعقد بالإيجاب والقبول وبالتعاطي.

ومن أن الظاهر أن عنوان التعاطي في كلماتهم لمجرد الدلالة على الرضا، وأن عمدة الدليل على ذلک هي السيرة، ولذا تعدوا إلى ما إذا لم يحصل إلا قبض أحد العوضين، والسيرة موجودة في المقام أيضاً. فإن بناء الناس على أخذ الماء والبقل وغير ذلک من الجزئيات من دكاكين أربابها مع عدم حضورهم ووضعهم الفلوس في الموضع المعد له، وعلى دخول الحمام مع عدم حضور صاحبه ووضع الفلوس في كوز الحمامي. فالمعيار في المعاطاة: وصول المالين أو أحدهما مع التراضي بالتصرف وهذا ليس ببعيد على القول بالإباحة[٢]

وردّ عليه الطباطبائي فقال:

---

١ ـ *المكاسب والبيع* ١ : ٢٦٨

٢ ـ *السابق* ١ : ١٤

لحوق حكم المعاطاة من اللزوم بالملزمات ونحوه بعيد غايته. نعم يلحقه حكم مطلق الإباحة، فتدبر[١].

وما ادرى ما اضاف على حكم الشيخ فانّه صرّح بكون حكم هذا القسم الاباحة وبالتبع عدم اللزوم. وتبعه النائينى فى (منية الطالب) فيما لا يرجع الى الشيخ بل تائيد لحكمه واضافة من عدم اللزوم واليک نصّه:

أما حصول الملک بمجرد الرضا أو الأول إليه: ـ أى تعين المسمى للبدلية بطرو أحد الملزمات ـ فلم يقم دليل على حصوله بمجرد الرضا، لأن عناوين العقود إيجادية ولا بد من حصولها بإنشائها قولا أو فعلا ولا عموم فى طرف المستثنى فى قوله عليه السلام (إلا بطيب نفسه)، لأن عموم المستثنى منه لا يقتضي عموم المستثنى. هذا مع أنه ولو قلنا بإباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملک بمجرد الرضا الباطنى إلا أنه كيف يتحقق الركن الآخر وهو الضمان بالمسمى وانتقال التالف إلى ملک من تلف فى يده؟ فإنه يتوقف على إنشاء لا محالة إما بقوله: (أعتق عبدک عنى وعلى عشرة) وإما بإعطائه الناشئ عن قصد التمليک أو التسليط، وكفاية وصول كل واحد من العوضين إلى المالک الآخر ـ كما فى مسألة كوز الحمامى والسقاء ونحوهما وإن لم ينشأ إباحة أو تمليكا ـ ممنوعة.

أما أولا: فلعدم كون أمر الحمام والسقاء من باب المعاطاة. وأما ثانيا: فلأن قيام السيرة على تحققها بالإنشاء من طرف واحد غير موجب لتحققها ولو لم يكن هنا إنشاءا أصلا كما فى المقام[٢].

القصد الصرف لا يكفى

قال المحقق الكركي فى تفسير كلام جمع من متاخرى الاصحاب وارجاع

---

١ ـ *حاشية المكاسب* للطباطبائى ١ : ٤٠٨

٢ ـ *منية الطالب* ٢ : ٢٢٩

كلامهم الى مرامة من الملک المتزلزل:

وإنما الأفعال لما لم تكن دلالتها (اى الانشاء) على المراد فى الصراحة كالأقوال وإنما تدل بالقرائن، منعوا من لزوم العقد بها، فيجوز التراد ما دام ممكنا، فمع تلف إحدى العينين يمتنع التراد، فيتحقق اللزوم، لأن إحداهما فى مقابل الأخرى ويكفى تلف بعض إحدى العينين لامتناع التراد فى الباقى، إذ هو موجب لتبعيض الصفقة، وللضرر، ولأن المطلوب هو كون إحداهما فى مقابل الأخرى[١].

قال الإيروانى:

والذى يظهر من بعض العبائر: أن البحث فى المعاطاة صغروى والنزاع فى دلالة الفعل، على قصد البيع وإنشائه ليكون بيعا مفيدا للنقل، وعدم دلالته، فيكون الإنشاء به كالإنشاء بالألفاظ المجملة، أنظر إلى: عبارتى الشرايع والتذكرة، تجدهما شاهدين على ما ذكرناه، وانظر إلى: عبارة الكركى، وفيها: وإنما الأفعال لما لم تكن دلالتها على المراد إلخ[٢].

قال الكركى:

وما يوجد فى عبارة جمع من متأخرى الأصحاب: من أنها تفيد إباحة، وتلزم بذهاب إحدى العينين، يريدون به: عدم اللزوم فى أول الأمر، وبالذهاب يتحقق اللزوم، لامتناع إرادة الإباحة المجردة عن أصل الملک، إذ المقصود للمتعاطيين إنما هو الملک، فإذا لم يحصل كانت فاسدة (ولم يجز التصرف فى العين، وكافة الأصحاب على خلافه. وأيضا فإن الإباحة المحضة) لا تقتضى الملک أصلا ورأسا، فكيف يتحقق ملک مال شخص بذهاب مال آخر فى يده؟[٣]

---

١ ـ *جامع المقاصد* ٤ : ٥٨

٢ ـ *حاشية المكاسب* للايروانى ٢ : ٣٩

٣ ـ *جامع المقاصد* ٤ : ٥٨

القصد شرط في نفس الصّيغة ام المتعاقدين

ذكر الاصحاب: انّ القصد من شروط المتعاقدين و قال صاحب المقابس:

القصد في الحقيقة من الامور المعتبرة في نفس الصّيغة و انما ذكرناه في شرايط المتعاقدين تبعا للاصحاب و لما بينه و بين شرائطهما من كمال المناسبة و الارتباط معنى و دليلا[1].

وقال الشيخ:

ومن جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذى يتلفظان به[2].

و لكن اعترض النايينى فى (المكاسب والبيع) فقال:

إذاعرفت هذا، فاعلم: ان عبارة الشيخ فى المقام لا تخلو عن مساهلة، وذلک من جهة: جعل القصد من شرائط المتعاقدين، مع أنّک عرفت ممّا تقدم: انّه من شروط تحقق العقد و مقوماته[3].

و فى بداية الامر يظنّ انه مضطرب كلامه فى اخذه من شرائط العقد او من

---

۱ ـ *مقابس الأنوار* : ۱۱۵

۲ ـ *المكاسب* ۳ : ۲۹۵

۳ ـ *المكاسب والبيع* ۱ : ۴۰۳

مقوماته. ولكن بقرينة قوله فی منية الطالب يتضح انّ نظره الشريف جعل القصد لبّاً من مقومات العقد ومن تمثيله بعدم الفصل بين الايجاب والقبول وتطابق الايجاب والقبول يتّضح انّه يجعل الشرائط والمقومات كلها تحت عنوان شرائط العقد حيث قال فی توجيه اولوية ذكره فی عداد شرائط العقد:

إذ بدونه لا يتحقق العقد كعدم تحققه الفصل بين الايجاب والقبول و بعدم تطابق الايجاب والقبول[١].

ومن الواضح ان عقدية العقد منوط بهذان الشرطان وهما من مقومهما.

و فی كتب نهج الفقاهه ومصباح الفقاهه والبيع اضافوا عليه بان القصد لا يكون من الشرائط مطلقاً اعمّ من المتعاقدين ام الصيغة.

قال صاحب نهج الفقاهة:

فی عدّ ذلک من الشرائط فضلا عن كونه من شرائط المتعاقدين تأملا ظاهرا إذ هو من مقوّمات العقد التی ينتفی بانتفائها ذاتا لا ممّا ينتفی بانتفائها أثره وحكمه[٢].

وقال صاحب مصباح الفقاهة:

لا يخفی عليک أن الفقهاء وإن أصابوا فی أصل اعتبار القصد فی العقد إلا أنهم قد أخطأوا فی أخذه من شرائط المتعاقدين أو العقد، بل إنما هو من مقوماته بحيث لا يتحقق مفهومه بدون القصد[٣].

وقال صاحب كتاب البيع: كون ذلک من شرائط العقد أو المتعاقدين، غير ظاهر؛ فإن شرائط الشیء تلاحظ بعد ما هو دخيل فی ماهيته أو تحقق حقيقته، والقصد

---

١ ـ *منية الطالب* ٢ : ١٤٣

٢ ـ *نهج الفقاهة* : ١٨٤

٣ ـ *مصباح الفقاهة* ٢ : ٥٤٩

المذكور محقق لحقيقة المعاملة، لا من شرائط العقد، ولا المتعاقدين.
وبعبارة أخرى: الشرائط، ما تعتبر فيه بعد تجوهره وتحقق حقيقته ـ ولو عرفا ـ مع الغض عنها، كالعربية فإن العقد غير العربى عقد فاقد للشرط، والعقد العربى واجد له، وكالبلوغ فى المتعاقدين، فإنه من غير البالغ عقد فاقد للشرط، وأما إيقاع العقد فليس من شرائط العقد أو المتعاقدين، والقصد دخيل فى إيقاعه وتحققه، والأمر سهل[1].

واستدرک النايينى فى (المكاسب والبيع) ووجّه كلام الاصحاب فقال:

اللّهمّ، الا ان يكون باعتبار كون المتعاقدين محلاً له؛ اعنى: كون قصدهما دخيلاً فى تحققه و يكون من مقوّماته فيسند الشرط إلى المتعاقدين ويقال: بأنّه من شرائطهما[2].

ولكن ردّ نفسه النائينى هذا التوجيه فى منية الطالب بقوله:

ومجرد أنّ عدم تحققه نشأ من قبل العاقد لا يوجب عدّه من شرائطه؛ وإلا لصحّ أن يقال: ومن شرائط العاقد أن لا يتلفظ بالفارسي، وأن لا يقدم القبول على الايجاب [3].

وما رايت حلاً لهذه المشكلة من الفقهاء الا صاحب فقه العقود فانه ابدع تقسيما آخر وادعى انه حل المشكلة وفى الواقع انه خلى شروط المتعاقدين من الارادة و جعلها قسما عليحدة وبدل شرائط الصيغة بابرازالارادة وشرائط العوضين بالمحل.

واليک نصّه:

وبهذا التقسيم لأركان العقد نأتى على ذكر الشروط بطريقة تختلف عن عرض الأصحاب لها فمثلا: شرط الصراحة راجع إلى ابراز الارادة. وشرط التنجيز

---

١ ـ *كتاب البيع* ٢ : ٤٩

٢ ـ *المكاسب والبيع* ١ : ٤٠٤

٣ ـ *منية الطالب* ٢ : ١٢٤

راجع إلى الارادة، بينما نرى في عرض الأصحاب أنّ شرط الصراحة والماضوية وتقديم الإيجاب على القبول ونحوها مع مثل شرط التنجيز تجعل جميعاً ـ في صف واحد ـ شروطاً لصيغة العقد. وشرط الرضا والاختيار نبحثه في شروط الارادة فهو أنسب بها، بينما ذكرها الأصحاب في شروط المتعاقدين [١].

وما يخطر ببالي هو: ان القصد في العقد له مرحلتان المرحلة الاولى مربوطة بانقداح نفس المتعاقد ومحركة له و هذا هو الفرق الفارق بين الانسان والمصنوعات التكنولوجية مثل النائم والساهي والغافل والمرحلة الاخرى مربوطة بالوسائل الكاشفة مثل الالفاظ واناطة دلالتها على قصد العاقد بكونها مقصودة للمتكلم ومن هذا اللحاظ تكون مربوطة بشرائط الصيغة ودلالتها وكاشفيتها فمن هذا الحيث يدخل في شرائط العقد كما رجحه المقابس واما بلحاظ المرحلة الاولى فنبحث في هل هو من مقومات العاقد ومن علل صدقها او من شرائط العاقد وبعد صدق هذا العنوان والحق هو الاول يعني كون ايقاع العقود عن قصد من مقومات صدق عنوان العاقد وصدق العقد القلبي ولكن لا يشكل حينئذ جعله من شرائط المتعاقدين لانه من جهة حيثية صدوره من نفس العاقد يكون من اوصافه وحالاته ولا يلزم من جعل عنوان الجديد في العقود غير شرائط المتعاقدين وشرائط العقد وشرائط العوضين كما فعله في فقه العقود.

وقال الاصفهاني:

و منه (القصد المبحوث عنه هو القصد المتقوّم به التسبيب باللفظ المستعمل في معناه، أو بالتعاطي إلى إيجاد الملكية حقيقة فهو مقوّم للبيع بالحمل الشايع، كما ان الاوّل مقوّم للبيع الانشائي) يظهر: وجه جعله من شرائط المتعاقدين دون شرائط الصيغة كاللفظ والماضوية والعربية و أشباهها، حيث انّه ليس من شؤون

---

١ ـ *فقه العقود* ١ : ٣٢٣

الصيغة كالقصد الاستعمالى المقوّم لها، بل ممّايعتبر فى البايع بالحمل الشايع كالبلوغ و طيب النفس[١].

اقول: بايعية البايع منوط بالقصد ومن مقوماته لامن شرائطه لا كما يقول النايينى من حيث ان عدم تحققه نشأ من قبل العاقد فانه غير فارق كما ردّه نفسه فقال بعده هذا لا يوجب عدّه من شرائطه.

واضاف الاصفهاني:

نعم، بين هذا القصد والبلوغ ونحوه فرق من حيث انّه عقلاً مقوّم للبيع الحقيقى دون البلوغ، فليس هو من الشرائط الشرعية، وانما يصحّ البحث عنه في قبال من لا يعتقد أنّ البيع الحقيقى من الافعال التسبيبية المتقوّمة بالقصد، بل يترتب على ذات السبب قهراً و لا اظنّ من يتوّهم ذلک[٢].

ولكن اقول: لا اظنّ ايضاً من يتوهم عدم لزوم اخذ القصد الاستعمالى فى الدلالة.

وفيه: ما هو الفرق بين القصد الاستعمالى وبين القصد الماخوذ فى البايع لان كليهما ماخوذ فى البايع لانه يمكن ان يقال: اللفظ لا يدلّ على المعنى الا بقصد ذلک المعنى واسباب البيع لا يتولد منه البيع الا بقصد البيع من ذلک.

---

١ ، ٢ـ *حاشية المكاسب* للاصفهانى ٢ : ٢٩

التعليق في الانشاء

التعليق هو إناطة العقد بشيء من أداة الشرط، بأن يقصد المتعاقدان انعقاد المعاملة في صورة وجود ذلک الشرط، كما إذا قال: «بعتک هذا الكتاب بدينار إن جاء زيد في هذا اليوم» و قال المشتري: «قبلت هكذا» أي القبول كالإيجاب مشروط بمجيء زيد، فقصدهما للبيع منوط بمجيئه، بحيث لا يقصدان البيع في صورة عدم ذلک الشرط، و في مقابله التنجيز فهو عبارة عن الإرسال و عدم إناطة الإنشاء بشيء من أدوات الشرط. و ان كان شرطية التنجيز او مانعية التعليق ترجع الى شرائط الصيغة فهي خارج عن موضوع رسالتنا واما اذا رجعت الى المعنى المقصود من العقد فهو مرتبط بموضوع الرسالة. فلذا ترى ان الايرواني قسّم محل البحث الى قسمين حيث قال:

يحتمل رجوع الشّرط المذكور إلى شرائط الصّيغة كالعربيّة و الماضويّة على أن يكون المراد من التّنجيز تنجيز العبارة و عدم اشتمالها على أداة التّعليق و نحوها و إن فرض كونه معلّقا في الواقع.

و يحتمل رجوع الشّرط المزبور إلى المعنى المقصود بأن لا يتعلّق القصد في المعاملة إلى أمر معلّق على الشّرط.

و هذا أيضا تارة يكون بمعنى عدم القصد إلى ما هو معلّق على أمر استقباليّ و

لو كان معلوم الحصول فی ظرفه فيكون مقابلة التّنجيز بمعنى القصد لأمر حالي و أخرى يكون بمعنى عدم القصد إلى ما هو متعلّق على أمر مجهول الحصول و إن كان ذلک حاليّا فيكون مقابل ذلک التّنجيز بمعنى العلم بتحقّق المقصود و على ذلک فالتّعليق على أمر استقبالي معلوم لا يضرّ بالتّنجيز كما لا يضرّ على الأوّل التّعليق على أمر حاليّ و إن كان ذلک مجهول الحصول فالقدر المتيقّن من الاحتمالين فساد التّعليق على أمر استقبالی مجهول التحقّق كما أن المتيقّن منهما صحّة التّعليق على أمر حاليّ معلوم التحقّق و مورد الاختلاف صورتان التّعليق على أمر استقباليّ معلوم التحقّق و التّعليق على أمر حاليّ مجهول التحقّق[1]

وكلام النائينی فی منية الطالب يكون ناظرا الى انه يرى كون التنجيز يرجع الى المعنى المقصود لا الى شرائط الصيغة فاليک نصّه:

التّعليق فی الإنشاء يمتنع عقلا فان الإيجاد سواء كان اعتباريا أو تكوينيّا يستحيل أن يعلّق على شيء أی كما لا يمكن أن يعلّق وقوع الضرب على أحد على كونه عدوّا فكذلک يستحيل أن يكون إنشاؤه شيئا أو إخبار به متعلّقا على شيء فإن إيجاد المعنى المقصود باللّفظ إمّا لا يحصل رأسا و إمّا يحصل مطلقا فوقوع الإيجاد معلقا مرجعه إلى التّناقض كذلک لاستحال الإنشاء[2].

كما ان الايروانی بعد تقسيمه محتمل البحث الى القسمين وجّه صورة التعليق فی الانشاء بقوله :

إن كان الوجه فی اعتبار التّنجيز هو استحالة تطرّق التّعليق إلى الإنشاء كان اشتراط الإنشاء مغنيا عن اعتبار التّنجيز اللّهم إلاّ أن يراد من ذلک عدم اشتمال الكلام على أداة التّعليق لأنّ الكلام إذا كان ظاهرا فی حدّ نفسه في الإنشاء و

---

١ ـ *حاشية المكاسب* للايروانی ١ : ٩٠

٢ ـ *منية الطالب* للنائينی ١: ١١٣

كان مشتملا أيضا على أداة التّعليق الّتى تزاحم ذلك الظّهور دار الأمر بين الأخذ بظهوره فى الإنشاء و طرح ما تقتضيه أداة التّعليق و بين الأخذ بمقتضى أداة التّعليق و حمل الكلام على الأخبار و حيث لم يكن هناك مرجّح لأحد الظهورين حصل بذلك الإجمال و من أجله لا تنعقد المعاملة

ثم إنّ عدم قبول الإنشاء للتّعليق مقام و الإنشاء بالجملة المعلّقة كالإنشاء بالجملة المنجزة مقام آخر و المحال هو الأوّل دون الثّانى فإنّه كما يمكن قصد الإنشاء بجملة بعت الخبرىّ المنجز كذلك يمكن الإنشاء بجملة بعث إذا جاء رأس الشّهر الخبرىّ المعلّق فيكون الإنشاء إنشاء فعليًا فى كلا المقامين و لا يضر بفعليّة الإنشاء معلقيّة الجملة الّتى قصد بها الإنشاء كما لا تضرّ بالإنشائيّة خبريّة الجملة.

و أمّا الأداة فهى على ظاهرها راجعة إلى الهيئة المفيدة للمعنى الخبرىّ فتكون الجملة جملة خبريّة معلّقة و قد قصد الإنشاء بهذه الجملة المعلّقة.

و بما قلنا يخرج التعليق فى المنشا عن محل البحث يعنى إذا أنشأ من غير تعليق صحّ العقد و إن كان المنشئ متردّداً فى ترتّب الأثر عليه شرعاً أو عرفاً، كمن ينشئ البيع و هو لا يعلم أنّ المال له، أو أنّ المبيع ممّا يتموّل، أو أنّ المشترى راضٍ حين الإيجاب أم لا، أو غير ذلك ممّا يتوقّف صحّة العقد عليه عرفاً أو شرعاً، بل الظاهر أنّه لا يقدح اعتقاد عدم ترتّب الأثر عليه إذا تحقّق القصد إلى التمليك العرفى.

واشار الي بعض ما قلناه النائينى فى منية الطالب:

ما هو محلّ الكلام التّعليق فى المنشإ و صحّته لا يخفى على أحد بل وقوعه فى الأحكام الشّرعيّة فوق حدّ الإحصاء فإنّ أغلب الأحكام الشرعيّة بل جميعها إلاّ ما شذ قضايا حقيقيّة و أحكام مشروطة على تقدير وجود موضوعاتها و وقوعه فى الجملة فى العقود و الإيقاعات كالوصيّة و التّدبير و النّذر و أخويه مما لا إشكال فيه[1].

و قد صرّح بما ذكرنا المحقق التسترى حيث قال:

---

١ ـ *منية الطالب* للنائينى ١: ١١٣

لا يخلّ زعم فساد المعاملة ما لم يكن سبباً لارتفاع القصد[1].

نعم اذا رجع الترديد فى المنشا الى الترديد وعدم الجزم فى الانشاء من جهة عدم تمشى قصد الانشاء فيصير ذلک ايضا من موارد التعليق فى الانشاء وهو فى الشروط المقوّمة فلذا استدرک الشيخ هذا القسم بقوله:

نعم، ربما يشكل الأمر في فقد الشروط المقوّمة كعدم الزوجيّة أو الشكّ فيها في إنشاء الطلاق، فإنّه لا يتحقّق القصد إليه منجّزاً من دون العلم بالزوجيّة، و كذا الرقّية في العتق، و حينئذٍ فإذا مسّت الحاجة إلى شيءٍ من ذلک للاحتياط، و قلنا بعدم جواز تعليق الإنشاء على ما هو شرط فيه، فلا بدّ من إبرازه بصورة التنجيز و إن كان في الواقع معلّقاً، أو يوكّل غيره الجاهل بالحال بإيقاعه، و لا يقدح فيه تعليق الوكالة واقعاً على كون الموكّل مالكاً للفعل؛ لأنّ فساد الوكالة بالتعليق لا يوجب ارتفاع الإذن.

إلاّ أنّ ظاهر الشهيد في القواعد الجزم بالبطلان فيما لو زوّجه امرأة يشكّ في أنّها محرّمة عليه أو محلّلة ، فظهر حلّها، و علّل ذلک بعدم الجزم حال العقد. قال: و كذا الإيقاعات، كما لو خالع امرأةً أو طلّقها و هو شاکّ في زوجيّتها، أو ولّى نائب الإمام عليه السلام قاضياً لا يعلم أهليّته و إن ظهر أهلاً.

ثمّ قال: و يخرج من هذا بيع مال مورّثه لظنّه حياته، فبان ميّتاً؛ لأنّ الجزم هنا حاصل، لكن خصوصيّة البائع غير معلومة، و إن قيل بالبطلان أمكن؛ لعدم القصد إلى نقل ملكه. و كذا لو زوّج أمة أبيه فظهر ميتاً ، انتهى.

و الظاهر الفرق بين مثال الطلاق و طرفيه، بإمكان الجزم فيهما، دون مثال الطلاق، فافهم.

و قال في موضع آخر: و لو طلّق بحضور خنثيين فظهرا رجلين، أمكن الصحّة، و كذا بحضور من يظنّه فاسقاً فظهر عدلاً، و يشكلان في العالم بالحكم؛ لعدم

---

١ ـ *مقابس الانوار* :١١٥

قصدهما إلى طلاق صحيح، انتهى[١].

واعلم: ان ظاهر عباراتهم كون التنجيز شرطا، حيث إنّهم جعلوا مبطليّة التعليق متفرعة على اعتبار التنجيز، فقالوا: «التنجيز شرط فى صحة العقد، فلو علّقه على شرط أو صفة لم يصح».

و تظهر الثمرة فى حال الشک، فعلى شرطية التنجيز لا أصل لإحرازه، بخلاف مانعية التعليق، فإنّه يجرى فيه أصالة عدم تحققه.

وحصّل الشيخ الاجماع على بطلان التعليق فى البيع من فحوى الاجماع فى الوكالة بقوله:

يدلّ عليه: فحوى فتاويهم و معاقد الإجماعات فى اشتراط التنجيز فى الوكالة، مع كونه من العقود الجائزة التى يكفى فيها كلّ ما دلّ على الإذن، فإذا كان الأمر كذلک عندهم فى الوكالة فكيف الحال فى البيع؟ و بالجملة، فلا شبهة فى اتّفاقهم على الحكم[٢].

اقول : الاجماع بكلا قسميه منقولا ومحصلا غير حجة مطلقا بالاخص مع اقامة الادلّة من الفقهاء عليه كما سياتى ذيلا فهو دليل على كونه مدركيا.

واقاموا على بطلانه حججا بعضها مرتبط بموضوع الكتاب ولهذا نذكر منها فقط ما يرتبط بالقصد وهو كون التعليق مناف للجزم صرّح به العلاّمة فى التذكرة فقال:

الخامس من الشروط: الجزم، فلو علّق العقد على شرطٍ لم يصحّ و إن شرط المشيئة؛ للجهل بثبوتها حال العقد و بقائها مدّته، و هو أحد قولى الشافعى، و أظهرهما عندهم: الصحّة؛ لأنّ هذه صفة يقتضيها إطلاق العقد؛ لأنّه لو لم يشأ لم يشترِ[٣]

---

١ ـ *المكاسب* ٣ : ١٧٣

٢ ـ *السابق* ٣ : ١٦٤

٣ ـ *التذكرة* ١ : ٤٦٢

و تبعه على ذلک الشهيد رحمه اللّه فى قواعده، فقال:

لأنّ الانتقال بحكم الرضا و لا رضا إلاّ مع الجزم، و الجزم ينافى التعليق[١].

فبناء على هذا التعليل لا يشمل كل اقسام التعليق، بل يختص بمورد مجهول التحقق فحسب فلا يشمل موارد الذيل ١ـ ما كان معلوم الحصول حين العقد ٢ـ ما كان معلوم الحصول فى المستقبل و هو المعبّر عنه بالصفة.

واما التعليق فى ما كان صحّة العقد معلّقة عليه فلا يشمله عدم الجزم لان كل العقود فى الواقع يكون معلقا على شرائط بها يصحّ العقد اولا وهذا التعليق يكون تعليقا فى المنشا لا فى الانشاء ثانيا.

فلذا قال الشيخ الطوسى فى وجه صحته:

أنّه كما لا يضرّ اشتراط بعض لوازم العقد المترتّبة عليه، كذلک لا يضرّ تعليق العقد بما هو معلّق عليه فى الواقع، فتعليقه ببعض مقدّماته كالإلزام ببعض غاياته، فكما لا يضرّ الإلزام بما يقتضى العقد التزامه، كذلک التعليق بما كان الإطلاق معلّقاً عليه و مقيّداً به.

فلذا ترى انّ الشهيد فى قواعده جعل:

الأصحّ صحّة تعليق البيع على ما هو شرطٌ فيه، كقول البائع: «بعتک إن قبلت»[٢]

---

١ ـ *القواعد والفوائد* ١ : ٦٥

٢ ـ *السابق* ١ : ١٦٥

تعارض الإرادة الظاهرية و الباطنية

كما قلنا فيما سبق وما سنقوله البحث ينقسم الى قسمين:

ا. وجوب اصل قصد الانشاء فى العقد فمع عدمه لا ينعقد عقد اصلاً وبحثنا فى هذا الكتاب من مدى وجوبه ولزومه فى الفصول السابقة.

ونرجح الارادة الباطنية لترتيب الاثر عليه على الارادة الظاهرية فمع فقد هذا القصد الامامية متفقاً فى كل العقود تقول بالبطلان ولكن العامة فى الطلاق والنكاح فى صورة عدم القصد مثل الهزل والسكران تقول بالصحة كما مر وسياتى.

ب. لزوم التبعية من متعلق القصد و ارادته الباطنية وان كانت الارادة الظاهرية على خلافه.

فنقول: يحتمل ثبوتاً ثلاث احتمالات لما اذا قصد مثلاً غير البيع وانشاه بصيغة البيع:

١ ـ بطلان كليهما كما عليه الشيخ فى عبارته السابقة وهو تساوى ارادة الظاهرية مع الارادة الباطنية فلذا تعارضا وتساقطا ويرجع الى اصالة عدم انعقاد العقد واليک نصه:

او قصد معنى يغاير مدلول العقد بأن قصد الاخبار أو الاستفهام أو إنشاء معنى غير البيع مجازاً أو غلطاً. فلا يقع البيع لعدم القصد إليه ولا المقصود إذا اشترط

فيه عبارة خاصة[١].

٢ ـ ترجيح الارادة الباطنية وهو وقوع غير البيع وهو فتوى جمع من الامامية القائلين بوقوع العقد المقصود بكل عبارة دالة عليها ولو بالالفاظ الكنائية وهو ترجيح كامل للارادة الباطنية على الارادة الظاهرية.

وهذا الترجيح للارادة الباطنية لا يجرى فقط فى تعارض بين العقد المقصود والعقد الملفوظ بل يجرى ايضاً فى اجزاء العقد كما لو اتفقا فى عقد النكاح على مهر سراً و عقدا على أكثر منه جهرة، لا يجب أكثر من المهر السرى المتفق عليه، و لا يبطل عقد النكاح فى المقام لان عدم القصد فقط بالنسبة الى المهردون العقد.

وهذا الامر يجرى فى كل العقود الصورى بقصد الفرار وحيل الربا ايضاً من هذا القبيل ورواية اما يحلل الكلام ويحرم الكلام يكون محكوماً ومتاخراً عن القصد وكيفيته.

٣ ـ ترجيح كامل للارادة الظاهرية على الارادة الباطنية وهووقوع البيع ولم يقل به احد من الامامية وكما سيجئ فى فصل القصد والفقه الوضعى، العقد الصورى عند الامامية باطل يعنى لا ترجيح للارادة الظاهرية على الارادة الباطنية بخلاف بعض العامة فانهم يقولون بصحة بيع الصورى وبيع التلجئة ولكن بعضهم يردونه وبعضهم يفصل فيقبل فى الطلاق والنكاح ولايقبل فى البيع و المراد من العقد الصورى الوارد فى فقه المذاهب الأربعة، هو أن يتفق المتعاقدان علي ان العقد الذى سيقع منهما لغو لا يعبر عن إرادتهما، و يقع بينهما العقد صورة، و هذا النوع من العقود هو المعروف بعقود التلجئة باعتبار ان الطرفان يلجئان إلي التفاهم السابق منهما علي صورية العقد.

واما بيان اقوالهم المأخوذة من نظرية العقد فى الفقه الجعفرى:

١ ـ الموافقون للعقد الصورى كل من الشافعى فى قوله الأصح، و أبو حنيفة كما

---

١ ـ *المكاسب* ٣ : ٢٩٥

نص على ذلک ابن قدامة فی المجلد الرابع ص ٢١٤ من المغنی، و أبو الخطاب من الحنابلة، و الدردیری من المالکیة، و قد سلک کل واحد من هؤلاء مسلکاً فی البحث الموصل لهذه النتیجة، فمنهم من صححها تحیزاً للإرادة الظاهرة التی تنعکس بالألفاظ، و منهم من استند فی تصحیحه للعقد الصوری علی قیاس الاتفاق السابق علی العقد علی الشرط الفاسد المتقدم علی العقد، فکما یلغوا الشرط إذا وقع العقد خالیاً عنه، فکذلک الاتفاق السابق المعبر عن الإرادة الباطنیة للمتعاقدین یقع لغواً و یصح العقد و ان لم یکن معبراً عن إرادتهما.

و جاء فی البدائع و المغنی لابن قدامة عن أبی حنیفة ان هذا النوع من البیوعات صحیح کغیره من العقود المقصودة للمتعاقدین، لأن ما شرطاه فی السر لم ینصا علیه فی العلانیة، و الآثار الشرعیة أمرها بید الشارع فله ان یلزم بها المتعاقدین و لو لم تکن مقصودة لهما.

٢ ـ المخالفون للعقد الصوری: جاء فی التعبیر عن الإرادة لوحید الدین سوار: ان کلا من مالک و احمد بن حنبل و الشافعی فی أحد قولیه لا یعتدون بالإرادة الظاهرة فی العقود الصوریة و یرونها باطلة، فلذا جاء فی مجلة احکام العدلیة

(مادة ٣) العبرة فی العقود للمقاصد و المعانی: لا للألفاظ و المبانی[1].

ولکن رده کاشف الغطاء فی شرحه:

اعتبار القصود فی العقود مما لا شک فیه و لا ریب بمعنی ان العقد إذا خلی من قصد فهو لغو بل کل کلام کذلک و لکن اناطة المدار فی العقد علی القصد وحده دون اللفظ غیر صحیح کیف و قد ورد فی السنة الصحیحة (انما یحرم الکلام و یحرم الکلام) بل لا یتحقق العقد الا باللفظ الخاص و لکن مع القصد

---

١ ـ *مجلة العدلیة* (نقلا عن *تحریر المجلة* ١ : ١٨)

فالقاعدة الصحيحة هنا هي ما عبر عنها فقهاؤنا بقولهم: العقود تابعة للقصود يريدون ان كل معاملة كالبيع و الإجارة و الرهن لها ألفاظ تخصها بحسب الوضع و الشرع يعبر عنها بالعقد و لكنها لا تؤثر الأثر المطلوب من ذلک العقد الا بقصد معناه من لفظه فلو لم يقصده أو قصد معنى آخر كما أو قصد من البيع الإجارة أو من الإجارة البيع و لو مجازاً كان باطلا لا ان المدار على القصد وحده دون اللفظ كما في مادة المتن[1].

٣ ـ التفصيل بين البيع والنكاح والطلاق: و قد نقلنا بعض النصوص الفقهية كما أوردها ابن القيم و غيره و هي تصرح بصحتها في النكاح و الطلاق دون البيع، كما نقلنا عن الأحناف بالنسبة إلي البيع ما يشير إلي صحته كبيع التلجئة و نحوه.

و ذهب الشافعية و الحنابلة و ابن حزم الظاهرى إلى عدم الاعتداد بعبارة الخاطئ عملاً بالإرادة الباطنة المقدمة على الإرادة الظاهرة المستفادة من ظاهر اللفظ، كما تنص على ذلک كتب الأحناف.

و أكد ابن القيم الفقيه الحنبلي وجوب الأخذ بالإرادة الباطنة و عدم جواز التعويل على الصيغة الصادرة خطأ، و قال في إعلام الموقعين: ان فعل الناسى و المخطئ بمنزلة فعل النائم في عدم التكليف، و قد رتب اللّه الأحكام على الألفاظ من حيث دلالتها على قصد المتكلم و إرادته، فإذا تيقنا انه قصد الكلام و لم يقصد المعاني، فإن الشارع لا يلزمه بما لم يقصده، و عندما نعلم ان المعنى لم يكن مقصوداً له لم يجز ان نجعل اللفظ دليلاً على ما تيقنا خلافه.

(والعجب من ابن حزم انّه ترقّ في ترجيح الارادة الباطنية على الارادة الظاهرية من الامامية وجعل الاصل العمل بالارادة الباطنية في التعارض واستدعى للعمل

---

١ ـ *تحرير المجلة* ١ : ١٨

بالارادة الظاهرية الدليل والقرينة.)

و جاء فی المحلی لابن حزم الظاهری: و من طلق و هو غير قاصد إلی الطلاق لكن أخطأ لسانه فإن قامت بينة قضی عليه بالطلاق، و ان لم تقم عليه بينة لم يلزمه الطلاق، برهان ذلک قول الله عزوجل ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِۦ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾ و قول الرسول (ص) إنما الأعمال بالنيات، و لكل امرئ ما نوی[1].

ولكن نقول: كيف نستشكف الارادة الباطنية حتی نرجحها علی الارادة الظاهرية هل بصرف ادعاء وقوع الخطاء من الموقع يمكن ان نحكم عليه وان كان اللفظ ادلّ دالّ من الدوالّ علی المرادات.

قال المحقق الحلی فی شرائع الاسلام:

ولو قال: زينب طالق، ثم قال: أردت عمرة، وهما زوجتان، قبل[2]

اقول: وهذا يدل علی ترجيح الارادة الباطنيه علی الارادة الظاهرية ان كان له المحمل ولا يكون ادعاه خلاف الظاهر فلذا اختص المثال بكون المقصودة الظاهرية والمقصودة المدعاة زوجتين.

والی هذا الوجه الوجيه صرح الشهيد الثانی فی مسالک الافهام فی شرحه فقال:

وجه القبول ـ مع كونه رجوعا عما ثبت ظاهرا من الحكم بطلاق زينب ـ أن المرجع فی تعيين المطلقة إلی قصده، والاسم كاشف عنه، والغلط فيه ممكن، ولا يعلم إلا من قبله فيقبل، لان سبق اللسان من اسم إلی آخر واقع كثيرا، فكان كدعواه الغلط فی الانتقال من لفظ إلی آخر يقاربه فی حروفه كـ طاهر وطالق وطارق ونحوها.

---

۱ ـ راجع *نظرية العقد فی الفقه الجعفری* : ۲۰۰

۲ ـ *شرائع الاسلام* ۳ : ۵۸۷

وقيد بكونهما زوجتين ليحترز عما لو ادعى قصد أجنبية وغلط في تسمية زوجته، فإنه لا يقبل، لان ذلک خلاف الظاهر، فإن الاصل في الطلاق أن يواجه به الزوجة أو يعلق بها فدعواه إرادة الاجنبية غير مسموعة[1].

وفي المبحث القصد والفقه الوضعي نشير الى موارد تعارض الارادة الظاهرية والباطنية وموارد ترجيح كل منهما على الاخرى.

---

١ ـ *مسالك الافهام* ٩ : ١٠٩

تاثير القصد في تحقق اصل العقد

المقصد الثاني

في

الاركان

مدى وجوب مدلول القصد

كما قلنا فى فصل قصد الانشاء ان لزوم القصد ووجوبه يكون فيما كان عقدية العقد مبتنية علي وجوده وهو من قضايا التى تكون قياساتها معها فما زاد على ما يتحقق به عقدية العقد فلا، ولا تعبد فى البين لان المسالة من امور العقلائية والحد الاعلى لوجوب القصد مضافا الى مرحلة الانشاء هو فى متعلقات الانشاء لان الانشاء مع قصده المتحقق بها العقد لا تتكون فى الخلاء بل لابد وان تتعلق وتوجد فى وعاء والوعاء التي لابد منها لتكون هذا البناء وهى عقدية العقد واساسه لان عنواننا فى الفصل السابق هو هكذا: قصد انشاء العقد واجب فالوجوب يتعلق بانشاء العقد يعنى يجب على المتعاقدين قصد الانشاء فى المعاملة اولا وثانيا ان يتعلق هذا القصد بالعقد وهذا الوجوب يكون وجوبا اصليا وذاتيا ومنه عنوان العقد المقصود مثل عنوان البيع، النكاح، الطلاق، الجعالة، المضاربة و... وما زاد على هذا يكون وجوبه تبعيا ومترشحا من هذا الوجوب الاصلى وهو مايتحقق به العقد المقصود بمقدار اللازم مما لابد منه ونعبر عنه بالاركان. فقصد الاركان واجب فلنبحث فى هذا الفصل فى ضمن مسائل:

فنقول:

ا. هل وجوب القصد تختص بالاركان ام شامل لغير الاركان ايضاً

قال صاحب القواعد الفقهية :

وأما بالنسبة إلى خصوصيات المعاملة، ككون الثمن من نقد البلد أو من نقد خاص وان لم يكن من نقد البلد أو وإن كان من اى نقد من النقود أو وإن كان من العروض، فجميع ذلک تابع لإرادة المتعاقدين وقصدهم، وكذلک الشرائط الضمنية ككون الثمن مساويا مع المبيع فى البيع وغيره من الشرائط الضمنية[1].

فعلى هذا ان قصد الخصوصيات فى العقد من جهة كونها غير الاركان ليس بواجب ولكن من لحاظ احترام الشارع لقصد المتعاقدين العقد يتبعه (ومحله كتابنا الآخر من البحث فى قاعدة العقود تابعة...) و بنظر صاحب مقابس الأنوار الواجب قصد الاركان والمدلول منه فحسب واما غيره فللازم عدم قصد الغير لا لزوم قصده فاليک نصه:

اعلم ان المعتبر فى صحّة مباشرة العقد قصد اللفظ مع الشعور بالمعنى ممن له صلاحية ذلک بشرط ان لا يقصد غيره مالكا كان او وكيلا او فضوليّا و لا يعتبر اكثر من ذلک لعدم الدّليل عليه بل وجود الدّليل على عدمه و هو ما دل على صحة عقد الفضولى و المكره بالاكراه الشرعى و غير ذلک[2].

قال فى العناوين الفقهية: إنما البحث فى أن متعلق كل عقد أى شئ حتى نعرف ما هو لازم القصد. ثمّ ذكر صاحب العناوين اشكالاً وردّه واليک نصّه

امّا الاشكال فهو: جواز بيع الكلى وعدم جواز نكاحه وطلاقه ـ كما هو الأصح ـ ونظائر ذلک دليل على عدم اشتراط قصد المتعلق. امّا الجواب: بل الحق أن قصد الأركان لازم فى العقود كافة، وإنما البحث فى أن متعلق كل عقد أى شئ حتى نعرف ما هو لازم القصد دون غيره؟ وأى سبب لعدم تعلق النكاح بالكلى دون البيع؟

---

۱ ـ *القواعد الفقهية* للبجنوردى ۳ : ۱۳۱

۲ ـ *مقابس الانوار* : ۱۱۵

وأما الأحكام واللوازم: فإن كانت من مقتضيات ذات العقد ومفهومه ـ بمعنى عدم تحققه إلا بحصولها ـ فهي داخلة في قصد المعنى والغاية الذى مر فى المقام الأول. والوجه فى اعتبار القصد بهذا المعنى ـ بمعنى انتفاء الصحة بدونه ـ ما مر من الوجوه السابقة من الإجماع والأصل الأولى. وعدم انصراف أدلة الصحة فى عقد أو إيقاع عاما أو خاصا إلى ما لم يعين فيه الأركان، فيبقى تحت أصالة الفساد، بل يمكن أن يدعى فى بعض صور المسألة عدم صدق العقدية والعهدية أصلا. والأخبار الدالة على عدم وقوع شئ إلا بالقصد بالتقريب الذى ذكرناه، فإنک لو لم تقصد من قولک: (بعت) مشتريا معينا هو زيد ـ مثلا ـ ولا فرسا معينا بتعيين معتبر كليا أو جزئيا، ولا ثمنا معينا ـ من درهم أو دينار أو غيرهما ـ فلا ينفع بعد ذلک ان تعينه لانه شيء لم يقصد فلا يتحقق بمقتضى الاخبار[١].

ب. اجزاء التي هي ركن العقد وما هي ليس بركن

كل ما قلناه فهو من حيث المفهوم واما من حيث المصداق فى البيع فمضافاً الى وجوب القصد الى الفاظ العقد كما اثبتناه العوضان من الاركان فيجب قصدهما كما انّ فى النكاح، الزوجان فى حكم العوضين فيجب تعيينهما. كما سيجى فى هذا المقصد

وهذا بخلاف المالكين فان قصدهما ليس بواجب لانه ليس بركن كما سيجى فى هذا المقصد

فهو ليس بواجب وجوبا نفسيّاً اعمّ من ان يكون العوضان متشخّصين ام لا ولكن فى صورة عدم تشخّص العوضين ومن حيث عدم تمشّى القصد الى العوض والمعوّض الكلى اذا لم يضف الى المالک فالقصد الى المالک واجب من هذه الناحية فلنبحث فى الفصلين

---

١ ـ *العناوين الفقهية* ٢ : ٥٤

١ ـ لزوم قصد المالكين مع تشخّص العوضين

٢ ـ لزوم قصد المالكين مع عدم تشخّص العوضين.

وفى صورة عدم لزوم قصد المالكين (وهى صورة تشخّص العوضين) فيتولّد صورتان:

١ ـ ان لا يقصد الوقوع للغير.

٢ ـ ان يقصد وقوع العقد للغير وهى بيع الغاصب

ولكن كما مر هو مربوط بمبحث وقوع العقد لغير ما قصد (وهو بيع الغاصب) ويجيء فى كتابنا الآخر الموسوم بـ (قاعدة العقود تابعة للقصود) تحت عنوان موارد تخلف العقد عن القصد ويتبين لک فيه ان الغاصب اما يقوم مقام المالک فهو مالک ادعاء فالقصد يتوجه الى المالک التنزيلى و الادعائى (المعبر عنه بقصد الخلاف فى تعابيرنا) فالعوض يدخل فى كيس من يخرج من كيسه المعوض ادعاء. واما ان يقصد المعاوضة بين العوضين وبتبعه يقصد البيع والمعاوضة للمالک الحقيقى ولكن يغصب الغاصب الثمن. ففى الشقين البيع فاسد ومع لحوق اجازة المالک الحقيقى يقع البيع له.

والشق الثالث الذى يتصور ولكن لا يصح فهو قصد المعاوضة بين العوض والمعاوضة مع لحاظ كونه لمالكهما الحقيقى ودخول العوض فى كيس الغاصب.

يعنى الاشتراء لنفسه بمال الغير. وان قصد المعامل مع الغاصب ـ مع علمه بالغصب ـ اعطاء عوض مال المغصوب اليه فالبيع باطل ولا يصححه لحوق اجازة المالک بعد الا على بعض المبانى فى تعريف البيع يعنى إن قلنا: بأن ماهية البيع عبارة عن التبادل بين الشيئين فى الملكية، ولا دخالة لاضافة المالكين فيها، صح؛ لحصول ما هو دخيل فيه، وتحقق الجد من المنشئ. ولكن إن قلنا بأنها عبارة عن إخراج مال من ملک البائع إلى ملک المشترى وبالعكس، وكانت هذه القيود دخيلة فيها، يقع باطلا.

والبحث المفصل موكول الى ذلك الكتاب. هذا مايتصوّر من الاقسام التى جعلت محلاً للبحث فى كلمات القوم والا فثبوتاً يحتمل صوراً اخرى.

ج. تاسيس الاصل

الشك فى كون الشىء ركناً وعدمه

فى الحقيقة لكشف كون جزء من اجزاء العقد فلنرجع الى تعريف ذلك العقد وحقيقته فمثل البيع ان جعلناه مبادلة مال بمال او تمليك عين بعوض معلوم فوجود العوض والمعوض وقصدهما من مقوّمات العقد وبدونه لا يتحقق مفهوم العقد و هو اشدّ واولى من كونه ركناً. واذا شككنا فى لزوم القصد فى جزء من الاجزاء فان كانت دخيلة فى قوام العقد فالاصل لزومه والا الاصل عدم لزومه.

وجاءت الثمرة العملية لهذا الشكّ فى فقه العقود فى مبحث الآتى وهو امضاء اثر العقد فى الفضولى.

د. هل وجوب القصد يوسّس حكماً

قال النراقى فى عائدة (١٦) من عوائد الايام فى بيان ان القصد إنما يعتبر فى موضوع العقد لا فى حكمه وان قاعدة لزوم التبعية من القصد لا توسس حكماً ـ ناتى بكلامه مع طوله:

> فإذا قال: بعتک هذا بدرهم، و ادعى قصد نقل الملک فى مدة خاصة إبطالا للبيع، لم تسمع دعواه بمجردها و إن كان الأصل عدم الانتقال، إلاّ أن تكون هناک قرينة حاليّة أو مقالية مصدقة لدعواه، فيبطل البيع، لعدم الإجماع على الحكم بالصحة و قصد الصحيح حينئذ[1].

---

١ ـ *العوائد الايام* : ١٦٥

اضاف فى العناوين الفقهية امثلة اخرى:

كقصد النفقة والأرث فى المنقطع، وقصد خيار الفسخ فى النكاح بغير أسبابه المعهودة، وقصد الخدمة فى العتق، وقصد الخروج من الأصل فى الوصية، ونظائر ذلک[١].

قال النائينى فى منية الطالب:

قد اشتهر بين الفقهاء ان باب ألفاظ العقود و ما ينشأ بها باب الأسباب و المسببات، و المراد من ذلک ان بعت من البائع بقصد التمليک و قبلت من المشترى بقصد إنشاء التملک سبب لنقل كل من الثمن و المثمن من مالكه الأصلى للمالک الثانى[٢]

قال الشيخ الأنصارى نقلا عن الشهيد الثانى:

بأنّ إطلاقه (البيع) عليه (العقد) مجاز؛ لعلاقة السببية[٣].

وقال الشيخ فى توضيحه:

الظاهر أنّ المسبّب هو الأثر الحاصل فى نظر الشارع؛ لأنّه المسبّب عن العقد، الى ان قال ... و إلى هذا نظر جميع ما ورد فى النصوص و الفتاوى من قولهم: «لزم البيع»، أو «وجب»، أو «لا بيع بينهما»، أو «أقاله فى البيع» و نحو ذلک.

و الحاصل: أنّ البيع الذى يجعلونه من العقود يراد به النقل بمعنى اسم المصدر مع اعتبار تحقّقه فى نظر الشارع، المتوقّف على تحقّق الإيجاب و القبول، فإضافة العقد إلى البيع بهذا المعنى ليست بيانيّة؛ و لذا يقال: «انعقد البيع»، و «لا ينعقد البيع»[٤].

---

١ ـ *العناوين الفقهية* ٢ : ٦٨

٢ ـ *منية الطالب* للنائينى ١ : ٣٧

٣ ـ *المسالك* ٣ : ١٤٤ (نقلا من *المكاسب*)

٤ ـ *المكاسب* ٣ : ١٩

ومحصل كلامهما : ان العقد ليس ببيع اولا وهذا واضح.

و رابطة العقد مع اثر البيع وهو المبادلة رابطة السبب والمسبب ثانيا.

وهل هذا هو السبب المبحوث عنه فى فقه المدنيين ام غيره فنقول ان ما يبدو انه فى عرفهم كون المسبب والملتزم به كان هذا الشئ قانونا وشرعا مثلا صار علة لقصد ذلک العقد وذلک التسبيب من العاقد فمع ظهور خلافه يبطل العقد وهذا المعنى غير ما هو عليه فقه الاسلام من السببية وان كان صاحب كتاب نظرية العقد فى الفقه الجعفرى جهد واجتهد لاثبات الاتحاد فسياتى مزيد كلام[1].

هـ ترتّب الحكم الشرعي لا ينوط بعلم المتعاقدين وقصدهما

قال النراقى فى عائدة (١٦) من عوائد الايام:

و من هذا القبيل: ما إذا لم يعرف أحد المتعاقدين بعض الأحكام المترتبة على العقد، و إلاّ لما رضى به، كما إذا رضيت المرأة بعقد التمتع، مع ظن أنّ لها قسمة و نفقة، و لكنها لم تذكر ذلک، سيما إذا كان التمتع بشيء قليل فى مدة طويلة.

فيستشكل: بأنّ العقود تابعة للقصود، و ما قصدته هو تزوجها له حال كونها مستحقة للنفقة و غيرها، و لم تقصد غير ذلک، فلا يصح العقد، لأنه غير مقصود.

و دفعه: ما ذكرنا: من أنه لم يقصد ذلک من العقد، و لم ترد من قولها: (زوّجتک) إن أوجبت عليک النفقة، و إن أرادت ذلک، فالعقد باطل. و إنما قارن قصد إيجاد التمتع اعتقادا غير مطابق للواقع.

و هذا مراد من دفع هذا الإشكال: بأنّ الذى يفيده الدليل هو أن العقد إذا أمكن حصوله على شئون مختلفة ـ من الإطلاق و التقييدات المختلفة الحاصلة بالشروط و الخيارات و غيرها ـ فالعقد تابع للقصد، أعنى: أن الماهية المطلقة

١ـ راجع فصل القصد والفقه الوضعى

يحكم بحصولها في ضمن ما قصد من أفرادها و أقسامها، لا أنّ كل ما يترتب على العقود من الآثار و الثمرات الخارجية، و الأحكام اللاحقة لا بد أن يعلمها و يعتقدها و يقصدها في العقد، و مع اعتقاد خلافها و عدم القصد إليها لا يصح العقد، و إلاّ فيلزم بطلان أكثر العقود.

فنقول بمثل ذلک في العقد الدائم، فإنّ الغالب ـ سيما أهل الرساتيق ـ أنهم يعتقدون أنّ الزوجة يجب عليها خدمة الزوج بل التكسب، و لو علم أنه لا يستحق ذلک لم يرض بتزويجها أبدا، و كذلک الزوجات.

بل و كذلک الأمر في المعايب التي لا توجب الفسخ شرعا، إلى غير ذلک مما يظهر لهما بعد العقد، بحيث لو كان ظهر له قبله لم يرض. و لم يتأمل في شيء من ذلک أحد من العلماء، و لم يقل: إنّ العقد تابع للقصد.

و الحاصل: أنّ اعتقاد ترتب بعض الأحكام و الآثار على شيء من الأسباب الشرعية مما لم يرد من الشريعة، أو قصد بعض الأحكام لا من خصوص العقد، أو اعتقاد أنّ أحد المتعاقدين أو غيره يفعل أمرا آخر و لم يفعله، لا يوجب خروج أصل ذلک السبب من السببية، فإنّ أصل السبب ثابت من الشرع، و ذلک الاعتقاد لا يوجب تغييرا في ماهية السبب و جعله شيئا آخر[1].

قال صاحب مقابس الأنوار:

لا يعتبر قصد الاحكام و الاثار المترتبة عليه من لزوم اللاّزم و جواز الجائز و حصول الاثر بعد العقد بلا فصل او تاخره عن القبض و غير ذلک فانّها احكام و آثار تتبع العقد الصّحيح قهرا سواء قصدها او قصد خلافها او لم يقصدها اصلا و لا يعتبر ايضا علمه بصحة العقد و لا يخل زعمه فساده ما لم يتسبّب لارتفاع قصده من الاصل و الحاقه باللّعب و الهزل كما في بعض الصّور المتقدمة بل متى تحقق هذا العقد كان صحيحا و ان زعم الفساد و لم يكن ممّن يدين بالشرع

١ ـ *العوائد الايام* : ١٦٥

و ينقاد للاحكام المتعلقة بالعقد اجمالا او تفصيلا. نعم قد يختلف بعض الاحكام باختلاف المعتقد و هو من الاحكام الثانوية المقصورة على مواردها كما بينت مفصلّه في مظانها فلتطلب منها[1].

قال في القواعد الفقهية:

ان الأحكام والآثار المترتبة على المنشأ شرعا ليست تابعة لقصدها، بل تترتب عليه ولو قصد عدمها، فإذا زوجت نفسها من شخص يجب عليها التمكين وان قصدت عدمها، وكذلک الزوج يجب عليها نفقتها وان قصد عدمها حال القبول. وكذلک الامر بالنسبة إلى بعض الخيارات فإنها تثبت مع عدم قصد المتعاقدين، مثلا خيار الحيوان حكم شرعي مترتب على المعاملة التي تكون أحد العوضين فيها حيوانا أو في خصوص ما إذا كان المبيع حيوانا ـ على القولين في المسألة ـ وان لم يقصد الخيار لطرفه من انتقل عنه الحيوان[2].

ـ وكذاحكم الشرع بخيار المجلس والعيب وغيرها، وكذلک حكمه بلزوم الأرش في بعض الموارد، وكون ضمان المثمن على البايع قبل اقباضه وغير ذلک من الأحكام لا تترتب على قصد المتبايعين لها، بل لو كانوا جاهلين بهذه الأحكام أو عالمين بخلافها تترتب عليها بلا ريب. وإذا لم يعلم الزوج أحكام النفقة، والزوجة مثلا بعدم جواز خروجها عن بيتها من دون اذن زوجها وكذا أحكام الإرث وغيرها لزمهما هذه الأحكام من دون حاجة إلى قصدها ـ

ثم استدلّ في العناوين الفقهية على هذا الحكم بادلة:

أحدها: الإجماع القطعي من الأصحاب على عدم اعتبار القصد في ذلک كله، كما لا يخفى على من راجع كلامهم.

---

١ ـ *مقابس الانوار* : ١١٥

٢ ـ *القواعد الفقهية* للبجنوردي ٣ : ١٣١

فإن قلت: كيف تدعى الإجماع على ذلك مع أن قولهم: (العقود تابعة للقصود) مطلق يشمل المقام؟ قلت: ليس كذلك، بل معنى كلامهم: (أن العقد تابع للقصد) بمعنى أن النكاح والبيع لا يصح إلا بقصد اللفظ والمعنى والأركان ـ على ما قررناه ـ إذ لفظ (العقد) اسم لمجموع الإيجاب والقبول المتقوم بهذه الأركان، والأثر اللازم له ما هو المقصود منه الداخل فى معنى الإيجابين ـ كما قررناه ـ وأما الأحكام اللاحقة للعقد بعد وجوده وفرض صحته فهى ليست داخلة تحت اسم العقد ولا مقدمة لتحققه، ولا وجه لكونها تابعة للقصد، فهذه العبارة منهم دالة على اعتبار القصد فى ماهية العقد وأركانه، دون أحكامه.

وثانيها: قيام السيرة القطعية من المسلمين قديما وحديثا على عدم قصد الأحكام فى العقود والإيقاعات، بل هى غير محصورة لا يكاد يطلع عليها فقيه، فضلا عن عامى! فكيف يمكن القول بعدم جريان هذه الأحكام مع عدم القصد؟

وثالثها: إطلاق ما دل على ترتب هذه الأحكام لهذه العقود من دون تقييد بالعلم والقصد، ولا ريب أن اسم العقد واسم البيع والطلاق والعتق ونحو ذلك يتحقق بقصد الأركان، فاللازم شمول الأدلة الدالة على ترتب الأحكام على هذه الأسامى عموما وخصوصا لما نحن فيه، فلا وجه لهذه الشرطية[١].

والسر فى ذلك أن الحاجة إلى القصد إنما هو فى قوام العقد وتحققه، واما الأحكام فهى أمورأخرترتبط بالشارع وارادته، ولا دخل لقصد العاقد فيها.

و. القصد بعد العقد غير كاف

ظهر من جميع الفتاوى القائلة بترجيح الارادة الباطنية بطلان العقد مع فقده وعدم تحقق عقد حتى يلحقه القصد بعد، مثل الرضا فى الاكراه او الاجازة فى الفضولى. ولكن الاحناف كما ينقل منهم نظرية العقد فى الفقه الجعفرى

---

١ ـ *العناوين الفقهية* ٢ : ٦٨

يقولون بصحة لحوقه بعد ويسمون العقد الفاقد للقصد وللاوصاف فاسداً قابلاً للاصلاح بخلاف الفاقد للاركان فانه يكون باطلاً غير قابل للاصلاح اصلاً. وجعلوا العقود الصورية من العقود الفاسدة كما مر في فصل بعض مصاديق عدم القصد موضوعا[١].

قال صاحب العناوين الفقهية بصورة اشكال وردّه:

فإن قلت: إنا لا نقول: إنه يقع بلا قصد، بل نقول: إنه يقع بعد القصد وإن لم يعين عند العقد، فلا يكون بلا قصد. قلت: إن وقوع هذه الآثار بعد العقد والقصد إنما هو للعقد، بمعنى أنه السبب في حصول ملك هذا المال ـ مثلا ـ لهذا المشتري والمفروض أن هذا لم يكن مقصودا في ذلك السبب، ومجرد القصد العاري عن السبب غير مملك، فلا وجه لحصوله، فتدبر[٢].

وقال في موضع آخر:

وتعين أحد بعد الصدور لا يجعل العهد السابق له، وذلك واضح جدا. فلا ينفع بعد ذلك أن تعينه، لأنه شئ لم يقصد، فلا يتحقق بمقتضى الأخبار[٣].

ز. بقاء القصد واجب من الموجب الى قصد القابل

بقاء القصد من الموجب والقابل والمالكين واجب من بدو العقد الى اتمامه فلذا نرى انّهم اوجبوا هذا الشرط فمثلاً يقول العلامة:

لو أوجب ثم جن أو أغمي عليه قبل القبول بطل، وكذا القبول لو تقدم[٤].

---

١ ـ *نظرية العقد في الفقه الجعفري* : ٢٠٠

٢ ـ *العناوين الفقهية* ٢ : ٦٩

٣ ـ *السابق* ٢ : ٦٨

٤ ـ *إرشاد الأذهان* ٢ : ٦

القصد في الفضولي والمكره

قال الشيخ ـ في مبحث القصد ـ :

صرّح في المسالک بعدم تحقق القصد في عقد الفضولي والمكره، حيث قال: إنهما قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله[1].

وقال ايضاً ـ في مبحث الاختيار ـ :

إنّه يظهر من جماعة ـ منهم الشهيدان ـ أنّ المكره قاصد إلى اللفظ غير قاصد إلى مدلوله، بل يظهر ذلک من بعض كلمات العلامة[2].

و ردّ عليه بانه:

لا دليل على إشتراط أزيد من القصد (اي قصد مدلول العقد بالقصد الجدّي) المتحقّق في صدق مفهوم العقد. مضافاً: إلى ما سيجيء في أدلة الفضولي[3].

وقال الشهيدي في توضيح ما سيجيء في ادلة الفضولي:

يكون الاجماع على صحّة نكاح الفضوليّ و بيع المكره بحقّ، بضمّ بطلان دعوى

---

١ ـ *المكاسب* ٣ : ٣٠٨

٢ ـ *السابق* ٣ : ٣٠٩

٣ ـ *السابق* : ٣ : ٣١٠

عدم اعتبار القصد فيهما (كما عليه الجواهر) فالفرق بين الاضافة و ما قبلها بقيام الدّليل على عدم اعتبار الزّائد على القصد الموجود فى مفهوم العقد فى الاوّل و عدم قيام الدّليل على اعتبار الزّائد عليه فينفى بإطلاق أوفوا بالعقود فى الثّانى وإنّما الّذى انتفى فى الاوّل هو الجزم بالوقوع و فى الثّانى هو طيب النّفس الّذى لا ربط له و للجزم بالوقوع بعالم القصد فتدبّر[1].

اقول: والعجب منه: لانه ما قال احد باشتراط ازيد من القصد الموجود فى الفضولى والمكره فلذا قال الايروانى:

لا موقع لما اورده الشيخ؛ فانّه لم يدّع أحد إعتبار أزيد من ذلک وإنما القائل المتقدم أنكر تحقق نفس ذلک القصد المعتبر فى تحقق مفهوم المعاملة، فينبغى البحث معه فى ذلک وانّ ذلک القصد متحقق، أولا بعد الفراغ عن عدم إعتبار أزيد من ذلک لاالمناقشة فى إعتبار أزيد من ذلک[2].

وقال النائينى فى(منيةالطالب) فى ردّ كلام الشهيدين:

قد ظهر ممّا ذكرناه (في التعليقة السابقة) ما أفاده في المسالک من عدم تحقق القصد في عقد الفضولي و المكره، خلط قصد بقصد؛ فإنّ القصد يستعمل في موارد،

أحدها: قصد اللفظ.

وثانيها: قصد المعنى؛ فانهما معتبران في أصل صدق العقد؛ فإنّ عقد النائم وعقد الهازل ليسا بعقد؛ فإنّهما لم يقصدا إيجاد المادة بالهيئة.

وثالثها: قصد وقوع العقد خارجاً عن طيب في مقابل وقوعه عن كره؛ فإنّ العاقد مع قصده اللفظ والمعنى تارة داعيه على وقوع مضمون العقد إكراه المكره واخرى غيره من الدواعي النفسانية.

ورابعها: قصد وقوع المضمون عن العاقد في مقابل وقوعه عن غيره كبعض

---

١ ـ *هداية الطالب إلى أسرار المكاسب* ٢: ٤٣٢

٢ ـ *حاشية المكاسب* للايروانى ٢: ١٧٤

أقسام عقد الفضولي.

لا يخفى أنّ إعتبار القصدين الاخيرين إنما هو لامر تعبدي لا لتحقق مفهوم العقدية؛ فإنّ عقد المكره والفضولي من حيث جهة العقدية لا يقصرعن غيره.

فما افاده في المسالك من: انّهما قاصدان الى اللفظ دون مدلوله لا وجه له؛ لانّهما قاصدان للمدلول أيضاً.

وإنما الفرق أنّ قصد وقوع مضمون العقد في المكره ليس عن داع اختيارى وقصد نفساني، بل عن وعيد المكره ـ بالكسر ـ مع عدم إمكان التورية، أومطلقاً ـ على ما سيجيء ـ وفي الفضولي هذا المعنى أيضاً موجود، وإنما المفقود قصد وقوع المضمون عن نفسه. وعلى هذا فقياس المكره على الفضولي أيضاًلا وجه له؛ لانّهما ليسا في وزان واحد[١].

مضافاً: الى ان لازم ذلک رد الفضولي من الشهيدين، فلذا قال النائيني في (المكاسب والبيع):

لا يخفى انّه مع انتفاء القصد في عقد المكره والفضولي يكون الحكم بالصحة على خلاف القاعدة الموجب معه الاقتصار على المورد المتيقن منه وهو مناف لمبنى صاحب المسالک قدس سره[٢].

والشيخ ـ في مبحث القصد والاختيار ـ ايّد توجيه كلامه لكلام الشهيدين بمقدمتين: ١ ـ قطعية وجود قصد المدلول دون الامضاء في الفضولي المفروض الحكم بصحته حتى من الشهيد ٢ ـ وعطف المكره على الفضولي يدلّ على ان نظرهما الشريف غير ظاهر العبارة[٣].

---

١ ـ *منية الطالب* ١ : ٣٦٨

٢ ـ *المكاسب والبيع* ١ : ٤٠٩

٣ ـ راجع *المكاسب* ٣ : ٣٠٩

ووجّه كلام الشهيدين ـ في مبحث اشتراط الاختيار ـ فقال:

ليس مرادهم أنّه لا قصد له الا إلى مجرّد التكلّم كيف! والهازل ـ الذي هو دونه في القصد ـ قاصد للمعنى قصداً صورياً، والخالي عن القصد إلى غير التكلم هو من يتكلم تقليداً أو تلقيناً، كالطفل الجاهل بالمعاني[١].

واستنتج:

المراد بعدم قصد المكره: عدم القصد إلى وقوع مضمون العقد في الخارج، وأنّ الداعي له إلى الانشاء ليس قصد وقوع مضمونه في الخارج، لا أنّ كلامه الانشائي مجرّد عن المدلول، كيف! وهو معلول للكلام الانشائي إذا كان مستعملاً غير مهمل[٢].

اقول: الانصاف ان في كلام الشهيدين تشويش يمنع عن حمل كلامهما، فاللازم اولاً الاتيان بكلام الشرايع ثم توضيح المسالک تحته حتّى تتبيّن لک الحقّ، فاليک قول الشرايع اولاً:

وأما الشروط فمنها ما يتعلق بالمتعاقدين وهو البلوغ، والعقل، والاختيار. فلا يصح بيع الصبي ولا شراؤه، ولو أذن له الولي. وكذا لو بلغ عشرا عاقلا، على الاظهر. وكذا المجنون، والمغمى عليه، والسكران غير المميز، والمكره، ولو رضي كل منهم بما فعل بعد زوال عذره، عدا المكره للوثوق بعبارته[٣].

وها هو قول المسالک في ذيله:

الفرق بينهم وبين المكره واضح، إذ لا قصد لهم إلى العقد ولا أهلية لهم، لفقد شرطه وهو العقل، بخلاف المكره، فإنه بالغ عاقل، وليس ثم مانع إلا عدم القصد إلى العقد حين ايقاعه، وهو مجبور ويلحوقه له بالاجازة، فيكون كعقد الفضولي حيث انتفى القصد إليه من مالكه الذي يعتبر قصده حين العقد، فلما لحقه القصد

---

٣ ـ *شرايع الاسلام* ٢ : ٨

بالاجازة صح .وحينئذ فلا مانع من الصحة إلا تخيل اشتراط مقارنة القصد للعقد ولا دليل عليه. وينبه على عدم اعتباره عقد الفضولي. وعموم الامر بالوفاء بالعقد يشمله . فلا يقدح فيه اختصاص عقد الفضولي بنص. وبهذا يظهر ضعف ما قيل هنا من انتفاء القصد أصلا ورأسا مع عدم الرضا، وأن الظاهر من كون العقود بالقصود، القصد المقارن لها دون المتأخر.

ويمكن أن يقال: إن القصد من المكره حاصل دون من سبق(من الاقسام المذكورة في كلام الشرايع)، لان غير العاقل لا يقصد إلى اللفظ ولا إلى مدلوله، بخلاف المكره، فإنه باعتبار كونه عاقلا قاصد إلى ما يتلفظ به ويفعله وبشعوره، لكنه بالاكراه غير قاصد إلى مدلوله، وذلک کاف في صلاحيته وقبوله للصحة إذ لحقه القصد إلى مدلوله بإجازته.

ومثله القول في عقد الفضولي فإنه قاصد إلى اللفظ الصادر منه، لان المفروض أهليته وجمعه للشرائط المعتبرة في صحة العقد إلا الملک . ولا يتحقق منه لو قصد مدلوله ـ أعني نقل الملک والتسليط على التصرف وغيرهما من أحكام العقد ـ لان ذلک من وظائف المالک، فإذا أجازه المالک وقصد إلى ذلک صح.

الى هيهنا ـ خصوصا العبارة الاخيرة ـ يؤيّد توجيه الشيخ لكلام الشهيدين من ان المراد من كونهما غير قاصدين لمدلول العقد بمعني كونهما غير قاصد لامضاء اثر العقد لانه ليس من وظائفهما.

ثمّ اضاف الشهيد الثاني فقال:

وقد نبه الشهيد ـ رحمه الله ـ في الدروس على ما يوافق ذلک، وإن كان في نفسه لا يخلو من مناقشة. فقال في بيع الفضولي إذا لحقه الرضا: «والاقرب أن الرضا كاف في من قصد إلى اللفظ دون مدلوله، فلو أكره حتى ارتفع قصده لم يؤثر الرضا، كالسكران.»

لكن يبقى في هذا كله اشكال من وجه آخر، وهو أن الهازل قد حكموا بفساد

عقده، ولم يذكروا لزومه لو لحقه الرضا به. وظاهر حاله أنه قاصد إلى اللفظ دون مدلوله، لانه بالغ عاقل، فاللازم حينئذ إما إلحاقه بالمكره في لزوم عقده مع لحوق الرضا، أو إبداء الفرق بكونه غير قاصد للفظ. وفيه تأمل[1].

وهذا الكلام كما ترى تدلّ على خلاف ما وجّه الشيخ كلامهما خصوصا في تشبيهه المكره والفضولي بالهازل.

و قال صاحب مقابس الانوار، ـ في عنوان هذه المسئلة ـ :

هل امضاء اثر العقد من الاركان حتي يجب ان يقصد ويمتنع بيع الفضولي و لا يعتبر ايضا كون امضاء اثر العقد مقدورا له و ربّما يتوهم اعتبار ذلک نظرا الى ان القصد لا يتعلق بغير المقدور و لو تعلّق به كان صورة قصد لا قصدا على وجه الحقيقة فالقائل بعت لابد من كونه اهلا للنقل و امضاء اثره و الا كان لغوا و هزلاً و يترتب على ذلک بطلان عقد الفضولي لانّه لا يمتنع منه هذا القصد و قد يحصل منه الشوق و الميل و المحبّة لذلک و ليس مثل ذلک مقصودا من القصد المعتبر.

و فيه: انّه لو اعتبر القصد بهذا المعنى لبطل جميع العقود للتفکيک و لاستحالة قصد ذلک من الموجب مع علمه بتوقفه على القبول فان النقل الحقيقى هو اخراج شيء من ملک مالک و ادخاله في ملک اخر و يعتبر كونه بعوض كذلک في المعاوضات خاصة و ليس هذا امرا قابلا للتبعيض و الزيادة و النقص و كذلک يستحيل صدوره من الصيرفي و المسلم اليه مع علمه بتوقف ذلک على تقابض او اقباض من غيره قبل التفرق و كذا الكلام في نظائر ذلک فالمعتبر اذن هو القصد الناقص الصورى الذى ذكرناه و هو مشترک الحصول في الجميع.

فان قلت: اختصاص المالک و من في حكمه بقصد عند العقد يمتنع صدوره من الفضولي امر وجداني لا يسع احدا انكاره فليكن ذلک مناط صحة العقد.

---

۱ ـ *المسالک* ۳ : ۱۵۵

قلنا: اشتراط مقارنة هذا المعنى للعقد ممنوع و يكفى صدوره بعد ذلک من المالک و لادليل على اكثر من ذلک و قد يتخلّص من المحذور المذكور بالفرق بين من يثق الفضولی برضاه و من لا يثق به فيصح عقده عن الاول دون الثاني فالقصد ح امر ممكن عادة لتوقفه علي امر موثوق بحصوله و ان لم يكن مقدورا و هو مردود باجماعهم على عدم الفرق بين الصورتين كما يظهر لمن تتبّع كلماتهم فی بيع الغاصب و المکره و غير ذلک و بلزوم مثل ذلک في عقد المالک مع غيره فيفرق بين ما اذا وثق بقبوله و اقباضه و قبضه حيث يتوقف عليه و ما اذا لم يثق به و فساده ظاهر[١].

اقول: مقايسة عقد الفضولي والغاصب بالايجاب البايع من دون ثقه بقبول المشترى او الثقه بعدم قبوله وكذا القبض والاقباض فی السلم والصرف قياس مع الفارق.لانهما تعليق فی تنفيذ الايجاب والسلم والصرف تنجيز من جانب الايجاب وتربص للقبول والقبض والاقباض.

---

١ ـ *مقابس الانوار* : ١١٥

قصد المالكين مع تشخّص العوضين

وهو ياتى فيما لم يتعدد وجه وقوعه الممكن فنقول:

هل الواجب في هذه الصورة إعتبارتعيين المالك فى العقود المعاوضية بما هو ركن فى العقد وجوباً نفسيّاً ام لا؟ بل يكفى عدم قصد الخلاف مع تعيّن المالكين (وهو فيما لم يتعدد وجه وقوعه الممكن) فحسب.

وجعل الطباطبايي المعيار فى وجوب التعيين اختلاف الرغبات وعدمها فقال الطباطبائي:

ولا يتعلق الفرض غالباً بأنّ المالک من هو؟ إذ المقصود المبادلة بين المالين.

نعم، قد يتعلق الفرض فيه نادراً بكون المالک للثمن أو المثمن شخصاً دون شخص ولا إعتبار به؛ إذ هو نظير اوصاف العوضين؛ فإنّ اللازم تعيين ما هو متعلق الفرض غالباً ويختلف باختلافه الرغبات، دون الوصف الذى لا يكون كذلک؛ مع أنّه قد يتعلق فى النادر به غرض أحدهما فتعيينه غير لازم وتخلّفه مع عدم اشتراطه، لا يوجب البطلان ولا الخيار.

وبالجملة: مقتضى العمومات صحّة المعاملة مع تعيين الاركان وهى مختلفة فى المقامات، والمالكان ليسا بركنين فى البيع و الاجارة بخلاف الزوجين فى

النكاح وهكذا

لايقال: ان النقل والانتقال لايتحققان بدون المالكين فكيف لايكونان ركنين؟!

لانّا نقول: نعم، الا أنّهما ليسا ركنين في المعاملة، بماهي معاملة. وان شئت، فقل: إنّ اللازم تعيين الركن الذى تختلف الرغبات باختلافه، لا مطلق الركن[1].

وقال النائينى فى (المكاسب والبيع):

إنّ إعتبار تعيين البائع أو المشترى في الكليين ليس كاعتبار طرفى العقد فى غير باب المعاوضات: كالنكاح والوصية والهبة والوقف و نحو ذلک؛ فإنّ الزوجين والموصى له أوالوصى أو المتهب أو الموقوف عليه ركن فى هذه الابواب و بدون التعيين لا ينعقد العقد، ولا يرتبط إنشاء الموجب بانشاء القابل؛ لانّه ليس قصد الواهب مثلاً الهبة لكل من يقبلها

وأمّا المعاوضات، فاعتبار التعيين فيها إنما هو لاعتبارالعوض فيها حيث ان تحقق المالية في الكلى إنما هو بتعيين المالک، وإلا فما هو الركن فيها هوالعقد و العوضين، فلو تمّ شرائطهما لم يعتبر شيء آخرأصلاً[2].

فبعد هذه التمهيد نقول: اذا لم يتوقف البيع على التعيين بان يكون العوضان معينين و لا يقع العقد فيهما على وجه صحيح الا لمالكيهما فيحتمل امّا وجوب التعيين وامّا عدمه.

ولا يخفى انّ محطّ هذا البحث يمكن ان يكون ثبوتاً (يعنى القصد والتعيين فى نفسه) واثباتاً(يعنى اعلام طرف المقابل) ولمّا لم نقل بوجوبه ثبوتاً فينتفى وجوبه اثباتاً بطريق اولى وامّا العكس فيحتاج الى الدليل ولا دليل عليه وهو وجوب التعيين اثباتاً بعد وجوبه ثبوتاً كما سياتى.

---

١ ـ *حاشية المكاسب الطباطبائى* ٢ : ٣٤

٢ ـ *المكاسب والبيع* ١ : ٣٧١

والعناوين الفقهية غفل عن هذا الشرط واكتفى بلزوم قصد جانب الاخر من العاقدين ايّهما بالنسبة الى الطرف الاخر.

واليک نصّه:

لا يصح إلعقد الا بقصد متعلقه من العوض والمعوض والموجب والقابل، بمعنى أنه لابد فى العقد من قصد المبيع والثمن فى البيع، والزوجين فى النكاح ونظائر ذلک ومن قصد المخاطب بالخطاب، فلا يمكن قصد بيع مطلق بعوض مطلق وإن عين بعد ذلک[1].

اقول: وهو كما ترى مربوط بفصل قصد الموجب والقابل وسياتى انشاء الله

ثم اعلم: ان مفروض الفقهاء عدم امكان التفكيک بين من له العقد ومن يخرج الثمن او المثمن من ملكه يعنى مالک الثمن او المثمن فلذا عبّروا فى هذا المقام بانه: هل يعتبر تعيين مال المالک؟

وحكمة طرح هذا البحث: هو انا اثبتنا فى الفصل السابق أنّ عناوين المعاملات متقومة بالقصد الجدّى إلى مضامينها و نبحث الان فى انه هل يكفى هذا القصد أم لا بدّ من قصد آخر، و هو قصد وقوع البيع لشخص خاص؟

قال الشيخ:

القصد إلى العوض و تعيينه يغنى عن تعيين المالک[2]

ونحن نقول: لا يلزم تعيين المالكين ذاتاً واصالة وبالعنوان الاولى ويكفى القصد الى مضمون العقد فقط فهو مثلاً فى البيع مبادلة مال بمال او تمليک عين بعوض معلوم ولم يلحظ فيه اعتبار المالكين فى تعريفه حتى يصل البحث الى لزوم قصده وتعيينه ام

---

١ ـ *العناوين الفقهية* ٢ : ٥٣

٢ ـ *المكاسب* ٣ : ٢٩٨

عدمه يعني بعبارة اخرى: كلّ ما هو من اركان العقد واجزاءه فهو يجب القصد اليه وتعيين المالكين ليس منه حتى يجب القصد اليه.

ومن حيث عدم وجود ملک او مال بلا مالک فطبعاً اذا وقعت المبادلة بين المالين فيقع التعويض بين مالكى الثمن والمثمن بلحاظ قطع علاقة المال من مالكه الاول وايجاد علقة الملكية مع المالک الجديد.

بدعوى أنّ الملكية نسبة بين المالک و المملوک، أو إضافة بينهما، و لمّا كانت النسبة متقومة بالمنتسبين و لم يعقل التمليک المال الصرف بدون ایّ مالک، فطبعاً مع قصد العوضين يتحقق بالالتزام تعيّن المالكين بدون اىّ قصد وتعيين صريح.

فمثالاً يجب معلومية من هو يصير ذا ثمن المعاملة ومن هو ذا المثمن ولكن لا يجب التصريح به بل يكفى معلوميته التزاماً. فمثلاً اذا كان المالان معينين شخصيين وجزئيين غير معلوم المالكين يصحّ العقد عليهما ولايجب التصريح بهما عند العقد. نعم بعد العقد ولقضية الوفاء بمضمونه ولكسب اجازة المالكين يجب الفحص عنهما وتعيينهما اذا كان العقد فضولياً مثلا.

وصاحب المقابس يصرّح بهذا ولكن الشيخ ينتسب اليه انه يقول بوجوب التعيين ذاتاً والحال انه يقول بعدم الوجوب الذاتى من جهة المعاملة ولكن لا من جهة تصحيح المعاملة وسياتى كلامهما.

فلا يجب على العاقد نية المالكين فبتبعه لا يجب الاعلام به بالاولوية.

واذا لم يجب التعيين فى النية وثبوتاً فلا يجب الاعلام به اثباتاً.

وامّا لو كان الحكم فى عالم الثبوت هو: وجوب التعيين فى النيّة فلا يلزم منه وجوب الاعلام به اثباتاً لانّه فرضاً يمكن ان يكون قصد المالک لبا ركنا فى العقد كما هو المفروض ولكن تعيينه واعلامه للطرف فى المعاملة ليس بركن فيه لحصول الغرض

الاقصى مع إبهامه أيضا فى مقام الاثبات حتى فى الزواج يمكن ان يقول زوجتك المرأة المعهودة عندى ويعينها بعد تمامية عقد الزواج.

ولكن اناط الاصفهانى هذا البحث بمبحث حقيقة البيع وانه ان كان تعريف البيع التمليک لا مجانا كما هو عليه فالقصد الى المالک وتعيينه واجب ذاتاً وان كان بمعنى التمليک بعوض فغير واجب فاليک نصّه:

تحقيق المقام: أن البيع إن كان بمعنى التمليک لا مجانا ـ كما قويناه سابقا ـ فلابدّ من تعيين المالكين، إذ المفروض أن التمليک ـ بإزاء شئ فى ذمة زيد أو بعين مال عمرو تمليک بيعى، وكذا تمليک مال زيد عن نفسه، أو مال نفسه عن زيد تمليک بيعى، فلابدّ زيادة على تعيين العوضين من تعيين المالكين، إذ لا يقتضى التمليک البيعى ما تقتضيه حقيقة المعاوضة، حتى يكون تعيين العوضين تعيين المالكين اجمالا.

وإن كان البيع بمعنى التمليک بعوض، على وجه يقوم كل من العوضين مقام الاخر فيما له من إضافة الملكية إلى صاحبه، فتعيين العوضين يغنى عن تعيين المالكين، لما عرفت من أنه تعيين اجمالى لهما، والمقدار الذى تقتضيه حقيقة المعاوضة من التعيين عقلا هو هذا، وهو المفقود فى الشق الاول[١].

ولكن اقول اولاً: وفيه: على هذا ينقلب تعريف البيع من الاساس لانه ليس فى معنى عنوان (العوض) قيد (فيما له من اضافة الملكية) ففى الواقع يصير تعريف البيع الى انّه هو: إخراج مال من ملک من ورد فى ملكه مال فعلى هذا يمكن ان يقول تعيين المالكين واجب على مبناه

وثانياً: عنوان (لامجانية) عنوان عامّ شامل وفقط فى صورة عدم اضافة الملكية الى الشخص المملک (بفتح اللام) من جانب البايع لايتعين المشترى تعييناً ولو اجمالياً

---

١ ـ *حاشية المكاسب* للاصفهانى ٢ : ٣٣

بتعيين العوض والا ففى باقى الصور يتعين المشترى امّا تفصيليّاً وامّا اجماليّاً فلا يحتاج الى تعيين المالكين والا ففى صورة كون العوض شيئاً وملكاً فمع جعله عوضاً فى البيع فبلحاظ اضافة كلّ ملک الى مالک معيّن ـ ولو بصورة عنوان كلّى مثل الايتام والفقراء و.... ـ فبصورة اجمالية يتعيّن المالكين.

فلا يمكنه الحكم العام بوجوب تعيين المالكين بل وجوب تعيين المالكين مع تشخّص العوضين وعلى مبناه من التعريف موردىّ.

وثالثاً: حتّى على مبناه من لا مجانيّة العوض كيفيّة وروده فى المسئلة غير صحيح لانّه فرض وجوب تعيين المالكين امّا بلا واسطة او مع واسطة تعيين العوضين ولكن نحن نقول الواجب كلّ الواجب تعيين العوضين امّا بلا واسطة ام مع وساطة تعين المالكين وهو يجب عرضا فى صورة عدم تشخّص العوضين.

وغاية ما يمكن ان يقول الاصفهانى هو انّ تشخّص العوض فى بعض الموارد لا يتحقق الا مع الاضافة الى شخص معين او ذمته يعنى الا مع تعيينن المالكين وهذا هو ما قلناه فى التقسيم وهو وجوب تعيين المالكين وقصدهما مع عدم تشخّص العوضين وجوبا غيريّا.

و جعل صاحب المقابس الحكم بلزوم التعيين مطابقاً للاصول والقواعد واليک نصه:

> و اما اذا لم يتوقف عليه بان يكون العوضان معنيين و لا يقع العقد فيهما على وجه صحيح الا لمالكيهما ففى وجوب التعيين او الاطلاق المنصرف اليه او عدمه مطلقا او التفصيل بين التصريح بالخلاف فيبطل و عدمه فيصحّ اوجه احوطها الاخير و اوسطها الاوسط و اشبهها بالقاعدة الاول[1].

ولكن كما ترى رجّح صاحب المقابس عدم الوجوب مطلقاً وجعله الوجه

---

١ ـ *المقابس* : ١١٥

الاوسط ـ حتّى فى صورة قصد الخلاف وان كان الاحوط بنظره فى هذه الصورة البطلان ـ

وقال ايضاً: لا فرق على هذا بين قصد الخلاف و النيّة المخالفة و التّسمية المخالفة واليک نصه:

و على الاوسط لو باع مال نفسه عن الغير لزم عنه و لغى قصد كونه عن الغير و كذلک تسميته[١].

قال الطباطبائى فى وجه وجوب التعيين:

و ذلک لانّ الاصل عدم النقل والانتقال و العمومات منصرفة إلى الشايع المتعارف[٢]

وقال فى توجيه ترجيح الثانى على الاول:

وذلک لمنع الانصراف والعمومات مقدمة على الاصل[٣].

وتبعه الايروانى فى هذا الفرع فقال:

ولكنّک عرفت: عدم وجوب التعيين وان البيع يقع للمالک مالم ينو الخلاف[٤].

وتبعه صاحب كتاب البيع فى ذلک ولكن جعل برهانه على حقيقة المعاوضة فقال:

التحقيق: أن التعيين غير لازم؛ لان لازم مبادلة مال مملوک لشخص معين واقعا بمال كذلک، هو خروج كل منهما عن ملک صاحبه، ودخوله فى ملک الاخر. وهذا مما لا ينبغى الكلام فيه[٥].

ولكن اقول: هذا على مبنى الشيخ فى تعريف البيع لا الاخوند ولا الاصفهانى.

---

١ ، ٢ـ *حاشية المكاسب* للطباطبائى ٢ : ٢٨

٣ ـ *السابق* ٢ : ٣٠

٤ ـ *حاشية المكاسب* للايروانى ٢ : ١٧٦

٥ ـ *كتاب البيع* ٢ : ٦٠

وجعل صاحب كتاب البيع هذا، بديهيّاً وخارجاً عن محلّ البحث فقال ـ في توضيح محل النزاع ـ :

قد يقع البيع على العين الشخصية الخارجية على نحو الابهام والاجمال، كما لو علم إجمالا بأن العين إما لزيد أو لعمرو، فأنشأ البيع لاحدهما، أو علم أنها لزيد، لكن أوقع البيع لاحدهما فضولاً؛ برجاء إجازة زيد أو عمرو بعد تملكه ـ لو قلنا بصحة الفضولي كذلك ـ ففي هذا النحو وأشباهه يأتي الخلاف في لزوم التعيين وعدمه[1]

ولكن اقول: هذا المثال خروج عن موضوع البحث بل هو مربوط بمبحث عدم تعيين المالک مع تعدد وجه وقوعه الممكن.

وجعل محلّ البحث في هيهنا فلذا استشكل على الشيخ والمقابس بقوله

وأما ما جعله الاعلام ـ كالشيخين المتقدمين ـ محل البحث في الشخصي، فلا يرجع النزاع فيه إلى محصل؛ لان المفروض التعين، فلا معنى فيه للنزاع في لزوم التعيين وعدمه، إلا أن يرجع إلى لزوم التلفظ به أو الاخطار بالبال تفصيلا، وهو كما ترى[2].

اقول: بل يمكن تصوره ثبوتاً امّا بعنوان واجب تعبّدِيّ صرف وهو الفارق بين التعيّن والتعيين وامّا على مبنا الاخوند من كونه تمليک عين بعوض فانّه بصرف عدم قصد الخلاف لا يمكننا القول بحكم اقتضاء مفهوم المبادلة بدخول العوض في ملک من خرج عنه المعوّض.

فمن هذه الجهة في الطلاق والزواج ايضا نكتفي بالتشخص ولا يجب التصريح بالزوج او المطلقة فانظر الى قول شرائع الاسلام ـ في شرائط الطلاق ـ :

الخامس: تعيين المطلقة وهو أن يقول: فلانة طالق، أو يشير إليها بما يرفع

---

١ ـ *السابق* ٢ : ٦٠

٢ ـ *السابق* ٢ : ٦١

الاحتمال. فلو كان له واحدة، فقال: زوجتي طالق، صح لعدم الاحتمال[١].

فعلى هذا ترى ان قول صاحب العناوين مسامحة فانّه قال:

أن العقد تابع للقصد في أركانه ولوازمه وأحكامه، بمعنى أنه ما لم يقصد شئ منها لم يقع كما أن أصل العقد لا يتحقق إلا بقصد الايجاب والقبول، ومعناهما كذلک لا يصح إلا بقصد متعلقه من العوض والمعوض والموجب والقابل، بمعنى أنه لابد في العقد من قصد المبيع والثمن في البيع، والزوجين في النكاح ـ ونظائر ذلک ـ

ومن قصد المخاطب بالخطاب، فلا يمكن قصد بيع مطلق بعوض مطلق وإن عين بعد ذلک. وكذا لا يصح لو قال: (بعت) ولم يقصد مخاطبا معينا هو القابل وإن قال بعد ذلک أحد: (قبلت). كما لا يصح لو لم يقصد القابل بقوله ذلک الايجاب الصادر من الرجل المعين، فلو سمع قائلا يقول: (بعت) فقال: (قبلت) لم يصح وإن صادف الواقع.

وبعبارة أخرى: العقد له أركان، وهي: المتعاقدان والعوضان، وقد لا يكون عوض، وقد يكون.

وبعبارة أخرى: كلما هو من ضروريات ذلک العقد أو الايقاع من المحل ونحوه لابد أن يكون مقصودا في حالته، وإلا لبطل[٢].

وهذا الحكم يجري في صور: سواء أ كان العاقد مالک أحد العوضين أم وكيلا عنه أم وليّا عليه، و سواء أ كان العوض شخصيا أم كليّا في الذمة، و سواء أ كان الكلي مضافا إلى ذمة شخص معيّن أم مضافا إلى ذمم جماعة كالفقراء والايتام، ام غير مضاف الى احد.

نعم يلزم تعيين المالكين بالعنوان الثانوي من جهة الابهام في العوضين فمثاله

---

١ ـ *شرائع الاسلام* ٣ : ٥٨٢

٢ ـ *العناوين الفقهية* ٢ : ٥٤٢

يرجع الى معلومية العوضين وهذا لا يكون إلا فى بيع الكلّى المحض او فيما كان العاقد وليّا على جماعة يملك كل واحد منهم سلعة مماثلة لسلع الاخرين، أو وكيلا عن جماعة كذلک.

يعنى إذا كان العاقد وكيلا عن جماعة فهل يصح أن يبيع الكتاب الذى فى ذمة موكّله ـ من دون تعيين مصداق عنوان «الموكّل» مع فرض تعدد الموكّلين ـ أم لا بدّ من قصد شخص خاص يضاف الكلى إلى ذمته. و هكذا الحال إذا أنشأ العاقد البيع للفود المبهم كعنوان «أحد الموكّلين» المنتشر فى كل واحد منهم.

و يجرى هذا البحث بالنسبة إلى الولي على جماعة كالاب و الجد و الحاكم الشرعى إذا كانوا أولياء على جماعة لهم سلع مماثلة.

و كذا الحال فى طرف المشترى، إذا كان يشترى باثمان كلية اوكان العاقد وليّا على جماعة لهم أثمان متماثلة، أو وكيلا عنهم.

قصد المالكين مع عدم تشخّص العوضين

اذا قلنا بعدم وجوب قصد المالک ذاتاً فهل يجب عرضا من جهة عدم تشخص العوض

اقول: التحقيق كما قلنا: ان الذى ينتقل اليه العوض او المعوض لايجب تعيّنه اوتعيينه ذاتا لان ماهية العقد تتحقق بدونه وتشخص العوضين ليس بركن فى العقد لكى يكون القصد اليهما واجبا، لكن الكلام فى وجوب هذا القصد عرضا وبالغير فوجوب تعلق القصد بالمالكين يكون متاخرا عما هو دخيل فى قوام ذات العقد و يمكن ان يصير واجبا لاجل الوصول الى تعيين العوضين لا لاعتباره فى نفسه.

فاعتبار تعيين المالک فى بيع الكلى لازم قهرى نشأ من ناحية إعتبار تعيين الذمّة من جهة تقوم مالية العوضين الكليين به، لا من جهة كونه فى نفسه من اركان العقد.

و هو ياتى فى بيع الكلى وعبر صاحب المقابس عن هذا المبحث بما يتعدد وجه وقوعه الممكن (وهو فى الكلى الغير المضاف) وعدمه وذكر له امثالا واليک نصه:

و ذلک كبيع الوكيل و الولى العاقد عن اثنين فى بيع واحد[1].

---

١ ـ *المقابس* : ١١٥

يعنى اوقع بيعاً واحداً قابلاً لكون البايع والمشترى كلّ واحد من المولى عليهما او الموكلين وهو مثلاً فيما اذا كان الوكيل او الولى عن الشخصين او عليهما فى البيع المعين والشراء المعين يعنى أن يكون الثّمن و المثمن فى متعلّق كلّ من الوكالتين متّحدا معه فى الاخرى بنحو يكون قابلاً للوكالة منهما او الولاية عليهما بأن وكّل كلّ من زيد و عمرو بكرا فى أن يبيع شيئاً فى الذّمّة بثمن فى عهدة شخص و يشترى بثمن فى الذّمّة شيئاً فى ذمّة شخص فباع الوكيل و هو بكر منّا من حنطة بدينار و قصد فى بيعه هذا كون المثمن و هو المنّ على ذمّة أحد الموكّلين لا بعينه و الثّمن و هو الدّينار على ذمّة الاخر كذلك فيكون عقده هذا عن اثنين إيجابه عن أحدهما و قبوله عن الاخر.

ولكن الشهيدى مثّل لاتحاد متعلق وكالتين ب:

أن وكّل كلّ من زيد و عمرو بكرا فى أن يبيع منّا من حنطة فى الذّمّة بدينار فى عهدة شخص و يشترى بدينار فى الذّمّة منّا من حنطة فى ذمّة شخص فباع الوكيل و هو بكر منّا من حنطة بدينار و قصد فى بيعه هذا كون المثمن و هو المنّ على ذمّة أحد الموكّلين لا بعينه و الثّمن و هو الدّينار على ذمّة الاخر كذلك فيكون عقده هذا عن اثنين إيجابه عن أحدهما و قبوله عن الآخر[1].

ولكن اقول: اتحاد الوكالة يتحقق فى الاعم من هذه الدائرة.

والعجب من الطباطبائى حيث مثّل للولاية او الوكالة فى بيع واحد:

بكون المبيع واحدا و يقول كل منهما اشتر لى هذا الكتاب بعشرة دراهم فاشتراه من غير تعيين أحدهما[2].

يعنى جعل مراد الشيخ من البيع الواحد هو المبيع الواحد المعين الخارجى.

واضاف المقابس:

---

١ ـ *هداية الطالب الى اسرار المكاسب* ٢ : ٤٣٣

٢ ـ *حاشية المكاسب* للطباطبائى ٢ : ٣٢

و الوكيل عنهما و الولى عليهما فى البيوع المتعددة[١]

يعنى اوقع الولى او الوكيل البيعين القابلين كلّ منهما لوقوعه ـ بايعاً او مشترياً ـ من الموكلين او المولى عليهما. وهو يتحقق فيما اذا كان وكيلاً مثلاً فى البيع او الشراء لكلّ منهما

ولكن الشهيدى كما فعل في الشقّ الاولّ فعل هيهنا فقال:

المراد منه أن يكون وكيلا عن كلّ واحد من اثنين فى أن يبيع منّا من حنطة فى ذمّته فباع الوكيل من ثالث معيّن منّا من حنطة على عهدة أحد الموكّلين لا بعينه بدينار من مال هذا الثّالث أو فى ذمّته ثمّ باع أيضا منّا من حنطة على عهدة الاخر منهما كذلک من شخص بدينار كذلک فصار الوكيل عاقداً عن اثنين عن أحدهما لا بعينه فى بيع و عن الاخر كذلک فى بيع آخر هذا الّذى ذكرناه مثال لكونه عاقدا عن اثنين في بيعين فى طرف الايجاب و المثمن. و منه يعلم المثال له فى طرف القبول و الثّمن[٢].

والعجب العجاب من الطباطبائى حيث مثّل للولاية او الوكالة للبيوع المتعددة:

فيما إذا قال كلّ واحد منهما اشتر لى كتابا فاشترى كتابا واحدا ولم يعين كونه لاحدهما[٣].

يعنى جعل مراد الشيخ من البيع المتعدد هو المبيع الكلى القابل للصدق على الكثيرين وهذان التمثيلان مضافا الى كونهما خلاف ظاهر كلام الشيخ (من جعل البيع بمعنى المبيع) بل غير صحيح قطعاً.

و هو ثبوتا ينقسم الى اقسام: ١ـ قصد المالک المتشخص وهو بالاضافة الى

---

١ ـ *المقابس* : ١١٥

٢ ـ *هداية الطالب الى اسرار المكاسب* ٢ : ٤٣٣

٣ ـ *حاشية المكاسب للطباطبايى* ٢ : ٢٧

نفسه او الى الغير من اول الامر فهذا البيع لا يرد عليه الامشكل تحقق المالية والملكية بالبيع والحال انه على مذهب الشيخ يجب المالية والملكية قبل البيع فسياتى.

واما على مذهب المقابس فهو داخل فيما لا يمكن ان يتعدد وجه وقوعه وهو الكلى المضاف.

ولكن النائينى فى (المكاسب والبيع) يعتقد بكفاية تحققهما به فاليک نصه:

ان يضيف العاقد الكلى إلى نفسه، ولا إشكال فى هذه الصورة فى صحّة البيع، وفى تعيين الكلى بسبب اضافته إلى من اضيف إليه.

لا تحتاج صحّة المعاوضة بين المالين إلى ثبوت المالية وملكية العوضين قبل المعاوضة، بل يكفى ثبوت ماليتهما ولو بنفس المعاوضة.

عدم استتارالكلى فى ذمّة البايع قبل البيع؛ إذ لا يكون الانسان مالكاً لالف منّ من الحنطة مثلاً فى ذمّته، وإن كان يعتبر ماليته بعد إيراد البيع، فبإيراد البيع عليه يصير مالاً، لا انّه مال يريد البيع عليه.

والحاصل: ان المال الذى أخذ فى تعريف البيع فى قولهم: «البيع مبادلة مال بمال» أعمّ ممّا كان مالاً قبل البيع كالعين الشخصى الخارجى، و ما كان مالاً بنفس البيع كالكلى فى الذمّة[1].

٢ـ قصد المالک المبهم ابهاما محضا وهو يكون فى الكلى الغير المضاف وغير المردد بين المحصورين وعلى تعبير المقابس ما يمكن ان يتعدد وجه وقوعه.

نعم لو قصد الابهام حتى بعد العقد فيقع فى نفس الامر باطلاً فهو خارج عن محل بحثنا ولعدم تاتى محذور الابهام المحض كما سترى جعلوا بعض الاعلام نية التعيين من العقد لما بعد العقد او الاجبار الحاكم او القرعة محملا لصحة عقد الكلى فى هذا القسم.

---

١ ـ *المكاسب والبيع* ١ : ٣٧١

حکم المسئلة هو البطلان بنظر المقابس والشیخ ومن تبعه (وهو النائینی) و لکن مستند الشیخ ودلیله غیر ما هو استدل علیه المقابس فناتی بکلامهما فالیک نص کلام المقابس بدوا:

تحقیق المسألة انه ان توقف تعیین المالک علی التعیین حال العقد لتعدد وجه وقوعه الممکن شرعا نعتبر تعیینه فی النیة او مع التّلفظ به ایضاً[۱].

اقول: وخلط المقابس فی هیهنا بین مقام الاثبات وهو الاعلام والتعیین الخارجی بالتلفظ ومقام الثبوت وهو التعیین فی النیة.

اشکالات المقابس علي بيع الكلي المحض

ا ـ (لزوم بقاء الملک بلا مالک)

قال فی المقابس:

و الدلیل علی اشتراط التعیین و لزوم متابعته فیما ذکر انه لولا ذلک لزم بقاء الملک بلا مالک معیّن فی نفس الامر[۲].

و الشهیدی قرّب کلامه فقال:

أنّ حقیقة البیع تملیک عین بعوض و التّملیک موقوف علی تعیین المالک إذ لولاه لزم تحقّق الملک المفروض حصوله بالبیع و التّملیک بلا مالک معیّن فی نفس الامر کما هو قضیّة عدم تعیینه و هو غیر معقول لانّ الملکیّة علاقة خاصّة بین المالک و المملوک فیستحیل قیامها بطرف واحد و هو المملوک و بتقریر آخر أنّ المملوکیّة و المالکیّة بینهما تضایف فلا یعقل اعتبار الاوّل و تحقّقه بدون الثّانی[۳].

وردّ علی المقابس النائینی فی(منیة الطالب) نقضیا:

---

۱ ، ۲ـ *المقابس* : ۱۱۵

۳ ـ *هدایة الطالب الی اسرار المکاسب* ۲ : ٤۳٤

بان النقل يتحقق بعد التعيين فقال: ففيه: إنّ هذا (لزوم الملك بلا مالک) لا يتمّ في جميع الصور؛ لانّه لو كان كلّ من العوضين كليّاً، فقبل التعيين لا يتحقق نقل حتى يبقى الملک بلا مالک[1].

وتبعه في تقريرات البيع فقال:

وأنت خبير بأن هذا الاشكال لا يتم في (جميع الصور) لعدم حصول الانتقال قبل القبول، وبعده المالک معلوم[2].

وردّ عليه الايرواني: بان لزوم الملک بلا مالک اصلاً ممنوع وفي هذه الصورة لا يلزم هذا المحذور واليک نصّه:

لزوم بقاء الملک بلا مالک معين ليس محذوراً، وإنما المحذور لزوم بقاء الملک بلا مالک أصلاً، وهذا غير لازم فالمالک مادام لم يعين في شخص فهو الكلي، كما في مالک الخمس والزكاة والكفارات والنذور والاوقاف للعناوين الكليّة أوهو الفرد المنتشر، كمافي النذرلاحد رجلين أو رجال[3].

والفرق بينه وبين قول النائيني ان الايرواني لا يقبل ان البيع والنقل يحتاج الى التعيين وبقاء الملک بلا مالک محذور مستقل و يقول هو فقط في صورة دوامه لا موقتاً يلزم.

والنائيني يقول بان النقل يحتاج الى التعيين السابق ولكن البيع في بعض الصور(وهو كون العوض والمعوض كليا) لا يحتاج اليه.

ب ـ (عدم الجزم في العقود)

قال المقابس:

و ان لا يحصل الجزم بشيء من العقود التي لم يتعين فيها العوضان ـ مثل كلّيين

---

۱ ـ *منية الطالب* ۱ : ۳۷۳

۲ ـ *تقريرات البيع* : ۳٦۸

۳ ـ *حاشية المكاسب* للايرواني ۲ : ۱۷۵

مع عدم وجود جهة ينصرف إليها الاطلاق ـ ، ولا بشيء من الاحكام والاثار المترتّبة على ذلك، وفساد ذلک ظاهر[١].

وردّ الايروانى قول المقابس: «وبعدم الجزم بشيء من الاحكام» بقوله:

فإنّ الاحكام التكليفية بالوفاء ونحوه تتوجه إلى من يعيّن بعد ذلك بأحد طرق التعيين وإ ن لم يتوجه فعلاً، أويتوجه فعلاً أيضاً على وجه الواجبات الكفائية، أو يتوجه إلى المتصدى للبيع فيما إذا كان ولياً، كما إذا باع الحاكم أموال الفقراء واشترى بأموالهم شيئاً لهم[٢].

وردّ الايروانى عدم الجزم صغروياً فقال: لانّ الجزم حاصل بالبيع والشراء لذلک الذى باع له أو اشترى له وهو الكلى أوالفرد المبهم، ولا دليل على إعتبار أزيد من هذا، ووجّه كلامه حتى لا يلزم عليه هذا الاشكال فقال:

ولعلّه أراد من العبارة انّه ربّما يعيّن البايع العنوانين البايع والمشترى فى رجل واحد أو لا يعين أصلاً، فتنحلّ المعاملة بذلک قهراًفلا يكون فى حال المعاملة جزم بأن المعاملة منعقدة وينتهى أمرها إلى تعيين المتبايعين، ثمّ تعيينها فى إثنين أو غير منعقدة لعدم إنتهاء أمرها إلى التعيين كذلک.

ثم استشكل نفسه عليه كبروياً فقال:

وفيه: انّه يجبر على التعيين وعلى تعيينهما فى إثنين أو يقوم الحاكم الشرع بتعيينه أو يعيّن بالقرعة[٣].

واضاف المقابس:

و لا دليل على تاثير التعيين المتعقب

وقال الايروانى:

---

١ ـ *مقابس الانوار* : ١١٥

٢ـ *حاشية المكاسب* للايروانى ٢ : ١٧٤

لو سلّمنا عدم الدليل على تأثير التعيين المتعقب من البايع ولم نقل بأنّ وكالته في البيع أو الشراء من أشخاص متعددين، كما يؤثر فى أن يكون أمر التعيين إليه فى إبتداء البيع كذلك يؤثر فى أن يكون أمر التعيين إليه بعد البيع فذلك لا يوجب بطلان البيع بل البيع يصحّ ويعيّن بالقرعة.

مع أنّه ربّما لا يحتاج إلى التعيين ـ كماإذا باع الحاكم حقوق السادات والفقراء أوإشترى بأموالهم شيئاً ـ ؛ فانّ العوض فى هذه المعاوضة يكون حكمه حكم الاصل ويكون ملكاً للعنوان وتعيينه للا شخاص يكون بعين السبب الذى يعين الاصل لهم وهو القبض[1].

اقول: وفيه: ان السادات تكون شخصيّة حقوقيّاً وبمنزلة فرد واحد وهو فرد معلوم وانما البحث فيما اذا كان الفرد المردد من بين الفردين او الافراد.

وردّ عليه صاحب البيع بما هو كلام النائينى فقال:

وقد عرفت: عدم اعتبار التعيين أصلا، ومع اعتباره فلا دليل على لزومه حال البيع، بل غايته الاعتبار حال الانتقال، نظير بيع الفضولى، فإن لزوم التعيين من جهة دفع الاشكال العقلى، ويدفع بالقول باعتباره ولو متعقبا، وقد مر هذا وما يمكن أن يقال فيه[2].

اقول: هل يكون الفرد المالك فى الفضولى مردداً او معلوماً حتى يشبه بمورد البحث.

ج ـ (عدم الدليل على صحة عقد المبهم)

قال فى المقابس:

و لا (دليل ايضا) على صحة العقد المبهم لانصراف الادلة الى ما هو الشايع

١ـ *حاشية المكاسب* للايروانى ٢ : ١٧٤

٢ ـ *تقريرات البيع* : ٣٧٠

المعروف من الشريعة و العادة فوجب الحكم بعدمه[١].

ـ فيرجع في غيرها إلى الاصل المقتضي للفساد ـ

وقال صاحب البيع:

وهذا أيضا مدفوع: بأن الظاهر من دليل النفوذ نظير (أحل الله البيع) و (أوفوا بالعقود) أن الموضوع لذلک العقد والبيع، بل نجزم بعدم دخل خصوصية أخرى فيه، فكأنه في مقام بيان أن الانسان لا بد وأن يكون ثابتا عند قوله وقراره، وهذا لا يمكن حمله على الافراد الشائعة المعروفة، فهذه الادلة في نفسها دالة على التعميم[٢]

وردّ عليه كبروياً النائيني في (منية الطالب) والايرواني.

فقال الثاني: مع أنّ ندرة الوجود لايوجب الانصراف عنه. وقال الاول: ففيه إنّ التعارف بنفسه لايوجب الانصراف[٣].

واضاف في تقريرات البيع:

ولذا نحكم بصحة جميع المعاملات الحادثة اليوم بهذه الادلة، إلا أن يوجد دليل شرعي على بطلانها[٤].

وردّ عليه الايرواني صغروياً ايضاً فقال:

وأمّا دعوى إنصراف الادلّة عن هذه المعاملات فهي ممنوعة؛ فإنّ البيع والشراء للعناوين الكلية ليس بتلک الندرة[٥].

ورد عليه الطباطبائي بصحة الترديد في الموضوع وتعيينه بالاجبار اوالقرعة فقال:

---

١ ـ *المقابس* : ١١٥

٢ ـ *تقريرات البيع* : ٣٧١

٣ ـ *المكاسب والبيع* ١ : ٣٧٣

٤ ـ *تقريرات البيع* : ٣٧١

٥ ـ حاشية *المكاسب* للايرواني ٢ : ١٧٤

ودعوى: عدم شمول العمومات، كما ترى! اذ نقول: إنّ التعيين كاشف عن كونه مالكاً من الاوّل أو نقول بعدم حصول الملكية الا بعده على الوجهين من كون كاشفاً أو ناقلاً.

هذا، ولو قصد من الاوّل وقوع البيع لمن يعينه بعد ذلک فامره اسهل؛ فإنّه من الاوّل متعيّن، الا انّه لا يعلمه فهو في علم الله معلوم و مقصود له أيضاً على وجه الاجمال[1].

ورد على كلام الطباطبايي، النائيني في(المكاسب والبيع) فقال :

هذا، و لكنه توهم فاسد؛ لانّ التطبيق المتأخّرغير موجب لتحقق ما هو الركن في المعاوضة اعني العوضان؛ اذ قبل التعيين لا يكون الكلي المضاف إلى المبهم ملكاً ولا مالاً؛ إذ لاإعتبار لمالية الكلي في ذمّة المبهم، فلا يكون المنّ من الحنطة في ذمة الانسان الكلي ملكاً، ولا مالاً عرفاً، فبنفس البيع لايتحقق مالية العوضين، وقد تقدّم إعتبارماليتهما، إمّا قبل العقد، أولا اقلّ في رتبة تحققه، فلا يتحقق العقد لما تقدّم في الامرالرابع من الامورالمتقدّمة انتفاء العقد بالاخلال بما هو ركن له.

والسرّ في ذلک: ان ما يعتبر ماليته في الذمّة ليس هو مفهوم المنّ من الحنطة، بل هو مصداقه الذهني، ومن المعلوم عدم تشخص ذلک المفهوم في مصداقه إلا باضافته إلى ذمّة معينة؛ إذ مجرد اضافته إلى الغير على نحو الابهام لا يوجب تشخصّه، كمالا يخفى[2].

واضاف المقابس:

و على هذا فلو شرى الفضولي لغيره في الذمّة فان عين ذلک الغير تعين و وقف على اجازته سواء وقع التعيين في اللّفظ و النية او في النية خاصة و ان

---

۱ ـ *حاشية المكاسب* للطباطبائي ۲ : ۳۷

۲ ـ *المكاسب والبيع* ۱ : ۳۷۱

فسخ المعين انفسخ العقد و ان اجاز لزم و انتقل اليه.

وان ابهم و قد صرّح بكونه لغيره بطل ولا يقف الى ان يوجد له مجيز فيقع عنه[1].

وردّ عليه الطباطبائى بان اشكال لزوم الملک بلا مالک وعدم الجزم بالبيع يلزم ايضاً فى مطلق بيع الفضولى حتى فى صورة تعيين المالک واليک نصّه:

لا يخفى أنّ مقتضى ما ذكره من الوجوه بطلان عقد الفضولى مطلقاً وإن عيّن الغير، بل و إن كان العوضان شخصيين لعدم ترتب الاثر قبل الاجازة، فيلزم الملک بلا مالک وعدم الجزم بترتب الاثر، الا أن يقال بأنّ مقتضى القاعدة وإن كان ذلک؛ الا انّه ثبت صحته على خلاف القاعدة بالدليل. نعم، الاشكال وارد على من يجعله مطابقاً للقاعدة حسبما هو مختار المصنف قدس سره والظاهرانّ ذلک البعض أيضاً قائل بذلک فتدبّر[2].

اقول: وفيه: وجه الشبه فى الفضولى ليس هو فى عدم تحقق واقع المعاملة وعدم تحقق الملک بلا مالک وعدم الجزم بالمعاملة بل وجه الشبه بنظر المقابس هو صحة الشراء فى ذمّة الغير مع تعيينه ومقايسة الطباطبائى فى غير محلّه بل اشكاله مربوط بمبحث بيع الفضولى

والجواب هو ان: الملک لايكون بلا مالک فى ایّ مرحلة حتى قبل الاجازة لانه بناء على الكشف مالكه المجيز وبناء على النقل يكون مالكه المالک الاول هذا كلّه فى صورة اجازة واما فى صورة الردّ فالملک يبقى كما كان تحت ملكيّة مالكه الاول والبيع فى صورة الفضولى مجزوم به وواقع ولكن تاثيره الخارجى والنقل والانتقال منوط بالاجازة.

و اضاف المقابس:

---

۱ ـ *المقابس* : ۱۱۵

۲ ـ حاشية *المكاسب* للطباطبائى ۲ : ۳٦

و لو شرى الوصى مبهما عازما على ان يجعله للصغير ان راى فى ذلک المصلحة و الا وقع عن نفسه كان باطلا[1].

اشكال الشيخ على بيع الكلى المحض

الشيخ خلافا للمقابس جعل محط الاشكال على عدم تحقق معنى المعاوضة والمبادلة فى هذا القسم يعتقد بان المالية والملكية قبل العقد لازم ولا يكفي ما يصير مالا او ملكا بالعقد او بعده ، فاليک نص كلامه:

أقول: مقتضى المعاوضة والمبادلة دخول كلّ من العوضين فى ملک مالک الاخر، وإلا لم يكن كلّ منهما عوضاً وبدلاً[2].

وتبع الشيخ مصباح الفقاهة فقال:

أن الكلى ما لم يضف إلى ذمة شخص لا يكون مالا ولا ملكا وإذن فلا تقع المبادلة بين المالين[3].

اقول: منطوق كلام الشيخ يدلّ على ان فيما يتحقق النقل والانتقال بين العوضين ـ وهو فيما كانا معينين ـ يغنينا عن تعيين المالكين كما سياتى فى كلام الشيخ.

ومفهوم كلامه يدلّ على ان فيما لا يمكن دخول كلّ من العوضين فى ملک مالک الاخرالا بواسطة تعيين المالكين ـ وهو فيما كانا كليّين ـ فتعيينه واجب.

وفى كلام الشيخ تسامح بل لابدّ ان يقول: المعاوضة والمبادلة لا تقتضى اكثر من دخول كلّ من العوضين فى ملک مالک الاخر وهو يستلزم تعيين المالكين لو كانا المبيعين كليين لتحقق المعاوضة ولكن عبارته تصرّح كما سياتى بان نفس تحقق

---

١ ـ *المقابس* : ١١٥

٢ ـ *حاشية المكاسب* للطباطبائى ٢ : ٣٦

٣ ـ *مصباح الفقاهة* ٣ : ٢٧٨

المبادلة فی المعینین یغنینا عن التعیین کأنّه لزوم تعیین المالکین واجب نفسی وتحقق المبادلة یغنینا عنه.

قال الطباطبایی فی توضیح کلامه:

إنّما یقول بالبطلان من جهة عدم تحقق معنی المبادلة و المعاوضة إذ هو موقوف علی تحقق العوض و هو فرع کونه مملوکا و لا یکون إلا إذا کان شخصیّا أو کلّیا مضافا إلی ذمّة معینة فتعیّن المالک من حیث هو لیس شرطا آخر وراء اعتبار وجود العوضین و تعیینهما[۱].

وردّ علیه الاخوند عدم صحة مبنی الشیخ فقال:

فیه: ان انتزاع مفهوم المعاوضة والمبادلة عن البیع لیس بلازم لا محالة، الا إذا قیل بانه قد أخذ فی حقیقته دخول کلّ من الثمن والمثمن فی ملک مالک الاخر، وهو محلّ تأمّل.

وکونه تملیکاً بالعوض لا یکون، الا فی قبال انّه لیس مجانیاً.

وعلی هذا، فالقصد إلی العوض وتعینه، لا یغنی عن تعین المالک المنتقل الیه الثمن أوالمثمن، بل لابدّ منه مطلقاً[۲].

اقول: اولاً: هذا اذا کان واجباً نفسیّاً ولم نقل به.

ثانیاً: هذا الاشکال من الاخوند حصل من مسامحة الشیخ فی استدلاله کما قلنا فانه علی نظر الشیخ لیس تعیین المالکین واجباً نفسیّاً والمبادلة تغنینا عنه بل وجوبه غیریّاً ویکون لتحقق حقیقة البیع واذا کان حقیقة البیع شیئاً آخر غیر المبادلة وهو تملیک عین فیجب ان نحصّل موضوع تملیک عین فهو غیر محتاج الی تعیین المالکین حتی اذا کانا کلیین.

---

۱ ـ *حاشیة المکاسب* للطباطبایی ۲ : ۳۰

۲ ـ *حاشیة المکاسب* للاخوند الخراسانی : ٤٧

واضاف الاخوند:

وان قيل انّه قد أخذ فى حقيقة البيع دخول كلّ منهما فى ملک الاخر.

غاية الامر: عليه لا يكاد ان يقصد أصل البيع بدونه، وعلى الاوّل لم يقصد بشخصه؛ لعدم قصد التعيين الذى به تشخصّه. ولابد من قصده نفوذ العقد على المبهم ولا يجدى التعيين بعده. فافهم[1].

وردّ الطباطبائى صغرويّاً بعدم كون الكلّى فى حدّ نفسه مالاً وبالتبع و بنظره الشريف لا يحتاج الى الاضافة الى الذمّة. فقال:

يمكن ان يقال: ان تحقق المعاوضة لايحتاج إلى ازيد من إعتبارالعوضين والكلى فى حد نفسه يصلح لكونه عوضاً لانّه مال فى حد نفسه فالمنّ من الحنطة مثلاً مال صالح لان يجعل عوضاً لمال وإن لم يعتبر كونه مملوكاً لشخص الاترى! أنّه يصحّ بيع الكلى فى ذمّته مع انّه قبل البيع لا يصدق انه مالک له إذا لم يكن عنده ذلک الكلى، بل يصحّ وإن لم يكن موجوداً فى الدنيا فى ذلک الزمان. فالمملوكية غير معتبرة فى تحقق العوض وحينئذ فصدق المعاوضة لا يتوقف على اضافة الكلى إلى ذمّة.

نعم، لو كان العوضان مملوكين فعلاً فمقتضى المعاوضة ما ذكره المصنّف *قدس سره* من انتقال كلّ إلى مالک الاخر. لا ان يكون ذلک معتبراً فى حقيقتها بحيث لولم ينتقل لم يتحقق المعاوضة؛ وذلک لانّ حقيقتها ليست ازيد من إعتبار كون شىء بدل شىء[2].

ـ اقول: وهو مبنى الاخوند ـ فإنّا لوقلنا بالبطلان لابدّ وان نقول به من جهة اشتراط تعيين المالک، كما قاله ذلک البعض ـ المقابس ـ لا من جهة عدم صدق المبادلة.

---

١ ـ *السابق*

٢ ـ *حاشية المكاسب* للطباطبايى ٢ : ٣٠

والايروانى ايضاً سلک مسلک الطباطبائى ولكن قيّده بشرط التعيين بعد البيع.

ـ واستنتج من هذا الشرط التفصيل فى المسئلة وهو عدم انتهاء البيع الى التعيين، فقال ـ :

لعلّنا نلتزم فيما لايؤول بعدم التموّل ـ واستند الى الشيخ خلطه بين مايوول الى التعيين وما لايوول فقال ـ : لعلّ إشتبه على المصنف ما لا يؤول أمره إلى التعيين بما يؤول ـ وفى الاخر استشكل الحكم فيما لا يوول الى التعيين.

فقال ـ : على إشكال لنا أيضاًفى ذلک فإنّه لو توقف تموّل الكلى على الاضافة فضلاًعن الاضافة إلى ذمّة شخص خاصّ لزم بطلان البيع الكلى؛ لانّ البائع للكلى يبيع الكلى، لا انّه يبيع الكلى الذى هو فى ذمّته؛ إذ ليس حال البيع شىء فى ذمّته وإنما تشتغل ذمّته بسبب البيع فكان بيعه بيعاً لغير المال فكان باطلاً مع انّه صحيح قطعاً.

فاتضح: ان الصواب صحّة البيع للكلى وللفرد المبهم وعدم إعتبار القصد فى البيع لشخص معين بيعاً وشراءً.

ومما يوضح ما ذكرنا: انّه لو كان للشخص أكرار من الحنطة فى ذمّة متعددين فقال: «بعتک منّاً ممّا لى فى ذمة هؤلاء»، لم يكن بيعه هذا بيعاً لما لا يتموّل بسبب عدم تعيين من فى ذمّته المبيع[١].

وتبعه صاحب تقريرات البيع فقال:

غاية ما يلزم ـ لاعتبار التعيين ـ اعتبار شرط زائد على هذه المعاملة، هو تعيين المالكين ولو بعد وقوع المعاملة، لا لزوم التعيين حالها، فإن الاعتبار بالملكية حال الانتقال، لا الملكية حال الانشاء، فيكون المقام نظير البيع الفضولى، ولا يلزم كونه باطلا رأسا، إلا أن يقال: إن إنشاء مثل هذه المعاملة غير معقول، فإنه من إيجاد الاضافة بين الموجود والمعدوم، ولا يحصل الجد بذلک، فإنه

---

١ ـ *حاشية المكاسب* للايروانى ٢ : ٣٣

مستحيل. وقد ظهر الجواب عن هذا مما تقدم ومما يأتى[١].

والنائينى فى (منية الطالب) بناء على مبناه الذى ذكره مراراً من كون البيع هو تبديل طرف اضافة باضافة اخرى احتاج الى تعيين المالكين اذا كان العوضان كليّين فايّد مرام الشيخ فقال:

فلو قصد الابهام و قال: «بعت أو اشتريت منّاً من الحنطة بعشر قرانات» فلا يصحّ؛ لانّ الكلى مالم يضف إلى ذمّة شخص لا يكون مالاً ولا ملكاً؛ فإنّه وإن لم يعتبر الملكيّة والمالية قبل العقد ويكفي تحققهما بنفس العقد ـ كما فى السلم ـ ، الا أن تحققهما به يتوقف على تعيين ذمّة شخص؛ فإنّ المنّ من الحنطة بدون تعيين ذلک مفهوم، و المفهوم بما هو مفهوم لا مالية له، و إنما ماليته باعتبار انطباقه على المصاديق الخارجية ومالم يعيّنه فى ذمّة شخص لاينطبق على مصداق، ولا دليل على كفاية تعيين المبهم بعد العقد كشفاً، أونقلاً[٢].

وردّ مبنى الاخوند من كون البيع هومجرد تمليک عين بعوض بدون ايّ دخالة للمالكين فقال:

مجرد عدم المجانيّة ووقوع مال بازاء مال ليس معاوضة؛ لانّ العقد هو الاثر الحاصل من فعل المتعاقدين، وليس الثالث طرفاً لهما.

ـ واستنتج من هذا المبنى صحة تمليک البائع تمليک المشترى غير البائع فردّ عليه بقوله ـ

فلو كان أثر تمليک البائع تمليک المشترى غير البائع لزم أن يكون هنا عقدين لوإحتاج كلّ تمليک إلى قبول، أو إيقاعان لولم يتوقف.

ـ واستنتج من مبناه فرضاً مرّ سابقاً فقال ـ :

---

١ ـ *تقريرات البيع* : ٣٦٨

٢ ـ *المكاسب والبيع* ١ : ٣٧١

قد تقدم أيضاً: انّه لو قام دليل على صحّة ما لو قال: «اشتر بمالی لنفسک طعاماً» فلابدّ من حمله إمّا على هبة المال له قبل الشراء و إمّا على هبة الطعام له بعد الشراء و إمّا على إعطائه له أحدهما قرضاً.

وهكذا لو قام دليل على صحّة بيع معلّقات الكعبة المشرفة وتملّک ثمنها، فلابدّ من حمله على غير البيع من أنحاء التصرّف، أو تملكها آناً ما قبل البيع ثمّ بيعها.

وأمّا عدم بطلان المعاوضة بعد تحقق أركانها بذكر ما ينافيها بعد ها فلانه لاموجب لابطال الامر اللاحق الامر الصحيح المتقدم.

نعم، لو لم يتحقق ركن المعاوضة وهو تبديل المالين فذكرما ينافيها يوجب بطلانها، كقوله: «بعتک بلا ثمن» و«آجرتک بلا اجرة» على التفصيل الذی تقدم فی قاعدة ما يضمن[١].

و الاصفهانی قائل بعدم صحة بيع الكلی المحض بقوله:

ان المردد بما هو لا ثبوت له ذاتاً و وجوداً ولا ماهية وهوية، فلا يعقل ان يكون مقوّماً لصفة من الصفات الحقيقية أو الاعتبارية، فالملكية لا يتعلق بالمبهم، لا من حيث عدم الدليل على صحّة العقد على المبهم، بل من حيث ان الملكية المطلقة الغير المتعلقة بشیء لا يعقل ان توجد فلابدّ من تعلقها بشیء، وما لا ثبوت له لا شيئية له، فلا يعقل ان يكون طرفاً للملكية أو الزوجية أو غيرهما.

وأمّا الترديد والتخيير؛ فالاولّ يناسب الاخباريات بلحاظ جهل الشخص بالواقع المتعين فهو أجنبیّ عن مرحلة الايجاد و الانشاء الذی لا تعيّن له، الابنفس هذا الايجاد والثانی يناسب الانشائات الطلبيّة، دون غيرها، فالتخيير بين فعل الشیء وتركه إلى بدل يناسب الواجب التخييری مثلاً ولا يكون له مساس بانشاء الملكية وإيجادها[٢].

---

١ ـ *منية الطالب* ١ : ٣٧٠

٢ ـ *حاشية المكاسب* للاصفهانی ٢ : ٣٦٤

واستدلّ الميرزا الشيرازى، للزوم قصد عنوان المعاملة او موضوع المعاملة:

بانّ المردد لما لم يكن له مطابق لم يصح اعتباره، كما لا يصح أن يكون موضوعا للاحكام ولو كانت اعتبارية[١].

ورد عليه بعد تقريبه بما افاده الاصفهاني واليک نصّه:

إن المعاوضة الحقيقية غير معقولة فى المقام؛ لامتناع دخول العوض فى ملک الواحد المردد واقعا، إذ لا واقعية له ذاتا وتحققا وماهية وتقررا، فلو صحت المعاوضة لزم منها تحقق الاضافة بلا مضاف، أو مضاف إليه، أو بدونهما معاً[٢].

وقد تقدم وجه دفعه، وعرفت: أن لازم ما ذكر عدم ترتب الاثر فعلا على الانشاء، لا إلغاؤه رأساً.

ويمكن الاستدلال على المطلوب بأن إنشاء البيع عبارة عن جعل إضافة بين العوضين إيقاعا؛ بمقتضى ماهية المبادلة، وجعل الاضافة بين الشئ وما هو مردد واقعى محال؛ لامتناع جعل إضافة ولو إنشائية بين الموجود والمعدوم، ولازم عدم تعيين المالكين ـ اللازم منه عدم تعيين العوضين ـ ذلک من وجهين: من ناحية لا موجودية الواحد المردد من المالكين. ومن ناحية لا موجودية الواحد المردد من العوضين.

ويمكن أن يجاب عنه بأن الانشاء على العناوين القابلة للتحقق لا مانع منه، كما هو الشأن فى الاحكام الشرعية المترتبة على الماهيات والعناوين القابلة للصدق على الخارج، وفى المقام يمكن إنشاء مبادلة عين بعشرة فى ذمة أحد الشخصين، أو مبادلة مال أحد الشخصين بكذا. فالانشاء متعلق بالعناوين التى لا ترديد فيها إلا بالحمل الاولى، كمفهوم «أحدهما» أو «إحدى العينين» ولما كان كل منهما قابلا للصدق على

---

١ ـ *حاشية المكاسب* للشيرازى ٢ : ٦

٢ ـ *حاشية المكاسب* للاصفهانى ٢ : ١٢٤

المصداق المعين غير المبهم، صح وأمكن ذلک الانشاء، ولا يلزم أن يكون مصداق أحدهما ـ المبهم مفهوما ـ مبهما، كما لا يكون مصداق الكلی كليا، فزيد مصداق أحدهما وهو معين. نعم، لا مصداق لاحدهما بما هو، كما لا مصداق للكلی فی الخارج بما هو.

وبالجملة: إن الانشاء متعلق بالعنوان المعين بالحمل الشائع، وهو قابل للتحقق، فإذا قال: «بعت لاحدكما» وقبل أحدهما صح، ولا يأتی الاشكال المذكور فيه.

وأولی بذلک ما لو أنشأ علی عنوان كلی، لا إبهام فيه حتی بحسب المفهوم.

قال فی كتاب البيع ردا علی الشيخ :

أنه لا دليل علی لزوم الملكية والمالية بالمعنی المدعی فی المعاملات، لكون المعاملة عقلائية. نعم، لو لم ينته إلی التعيين أبدا لم يصح.

وبعبارة أخری: إن مبادلة مال بمال أو تمليک عين بعوض، إنما هو فی المعاملة المسببية لا الانشائية، والمبادلة الحقيقية لا تكون بصرف الايجاب، ومع ضم القبول ـ الذی هو جزء السبب، أو شرط لتامية السبب للتبادل ـ تحصل الملكية والمالية، فالتبادل الواقعی إنما هو بين المالين والملكين [١].

مسئلة: هل يصح بيع الكلي المحض بعنوان القدر المشترك بين الذمم؟

قال النائينی فی (منية الطالب):

القدر المشترک بين الذمم لا مالية له، ولايقاس علی عتق أحد العبدين وطلاق إحدی الزوجتين وبطلان الزائد علی الاربع من دون تعيين، فيما لو أسلم الكتابی علی الزائد عليهن؛ فإنّه يمكن الفرق بين المقام وبين الامثلة أوّلاً: بأنّ الامثلة من باب الشبهة المحصورة ويمكن أن يقال: إنّ إحدی الذمتين فی المقام أيضاً

---

١ ـ *كتاب البيع* ٢ : ٦٠

لها إعتبارالملكية دون ذمّة من في العالم.

وثانياً: بأنّ هذه الامثلة ثبتت بالتعبّد لا على طبق القاعدة (كما سياتي ذيلا).

فإن قلت: ما ذكرته في وجه المنع عن إعتبار المالية في الكلي المعتبر في الذمة المبهمة يسلم فيما إذا كانت الذمّة كلياً على نحو التبادل بمعنى إحدى الذمم، واما لوكانت كليا محصّلاًبمعنى القدر المشترک بين الذمم، فلا نسلم المنع عن إعتبارماليته، ضرورة صحّة إعتباره في ذمّة الطبيعة المشتركة بين الافراد.

قلت: لا إعتبار لمالية الكلي المعتبر في الذمّة، ولو على نحو الكلي المحصل أيضاً.

وتوضيحه: ان مفهوم المنّ من الحنطة مثلاً الذي هو أمر مجرد بسيط عقلاني على ابسط ما يمكن ان يكون، يلاحظ على نحوين احدهما: من حيث هو مفهوم. وثانيهما: من حيث هو مرآت إلى ما هو المصداق من المنّ من الحنطة. فهو بالاعتبارالاول مفهوم من المفاهيم لااعتبار لماليته اصلاً، و بالاعتبارالثاني انما يعتبر ماليته من حيث كونه مرآتاً إلى المنّ الخارج فما لم يتعين الذمّة فلا يكون المفهوم مرئاتا لها فلا يمكن لحاظ المفهوم بما هو مرآت إلى الخارج (قبل تحققه) فلا يمكن إعتبار ماليته حينئذ.

والحاصل: إنّ العرف لا يعتبرون ماليّة الكلي المعتبر في طبيعة الذمّة الجامعة بين الذمم قبل تعيين الذمّة بذمة خاصّة، بحيث تكون هي المطالب بها، فلا يتحقق ما هو الركن في العقد في العقود المعاوضية قبل استناد الكلي إلى ذمّة خاصّة، ومع انتفاء ركن العقد لا تحقق للعقد نفسه [١].

ونظر صاحب تقريرات البيع الى كلام النائيني فرده ـ وان كان محل كلامه الكلي المحصور ـ فقال :

أن ما ذكر من العنوان ـ أحدهما أو أحدها ـ وإن كان بحسب المفهوم وما هو

---

١ ـ *المكاسب والبيع* ١ : ٣٧١

بالحمل الاولى مرددا ومبهما، إلا أنه معين بالحمل الشائع، وإلا لم يكن قابلا للتصور، وهذا كما في جميع المفاهيم التى لا واقع لها فى الخارج ـ كنفس عنوان العدم ـ فإنه بالحمل الاولى عدم، لكن بالحمل الشائع عنوان موجود فى الذهن، فإذا كان الامر كذلک فأى مانع من أن يكون المالک هو هذا العنوان.

والحاصل: أن الاشكال المتقدم، وهو بقاء الملک بلا مالک من جهة عدم وجود المالک، وهو عنوان أحدهما أو أحدها مندفع.

نعم، يمكن أن يستشكل في ذلک: بأن هذا العنوان غير مالک، والمالک هو الواقع، ولم يقع طرفا للمعاملة.

والجواب عن هذا: أنه لا يعتبر الملكية حال العقد في بيع الكليات جزما، أترى أن البائع فى بيع السلف مالک لشئ بالفعل؟! بل المصحح لهذا البيع ـ بنظر العقلاء ـ إنما هو اعتبار الذمة بحيث يقتدر على تسليم العوضين، وهذه الكبرى فى المقام أيضا موجودة، فإن عنوان أحدهما ـ من حيث إمكان تطبيقه على كل من الفردين ـ معتبر بنظر العقلاء وإن لم يكن مالكا للمبيع، فإن هذا الاعتبار العقلائى كاف فى بيع الكليات بل الشخصيات، كما مر فى أول الكتاب.

ويمكن تقريب الاشكال العقلى بوجه آخر: وهو أن البيع هو تبادل الاضافتين، وحيث إن عنوان أحدهما مبهم معدوم لا يمكن أن يقع طرفا للاضافة.

وقد عرفت الجواب عن هذا التقريب أيضا، فإن عنوان أحدهما موجود بالحمل الشائع وقابل للاعتبار العقلائى[١].

وملخص الكلام : ان المقابس فى البيع الكلى فيما يتعدد وجه وقوعه من جهة عرضية يقول بلزوم قصد المتعاقدين لئلا يلزم محذور بقاء الملک بلا مالک او التعليق فى الانشاء او عدم التعارف العرفى والشيخ يقول بهذا اللزوم من جهة ان لا يلزم عدم المالية او الملكية فى ما يتعلق به الانشاء. والمحشين ردوا عليها وهو الحق لان

---

١ ـ *تحريرات البيع* : ٣٧٠

الانشاء قليل المؤونة ويكفي فيه صحة اعتبار العقلاء لتصحيحه واعتبار مالية الكلي وملكيته يكون امرا عقلائيا صحيحا.

٣ ـ الكلي المردد بين الفردين او الافراد

قال الشيخ :

وإجراء أحكام الملک على ما في ذمّة الواحد المردد بين شخصين فصاعداً غير معهود[١].

وعلّق صاحب حاشية البيع والخيارات على قوله «غير معهود»:

بل غير معقول، لاستحالة وجود المردد بما هو مردد في أى نحو من الوجود، كما لا يعقل تعلق الملكية أو العتق، أو غير ذلک من الامور الاعتبارية، إذ لا يعقل اعتبار ما لا تعين له بنحو من أنحاء التعين.

ـ ووجّه بعض مصاديق الواحد المردد مثل عتق احد العبدين او طلاق احدى الزوجتين بقوله ـ :

و أما مسألة عتق أحد العبدين أو طلاق إحدى الزوجتين، فلا بد لها من التخريج بعد قيام الدليل عليها، ليس هذا محل ذكره، فتدبر[٢].

و جاء النائيني في (المكاسب والبيع) ـ في رد تشبيه بيع الكلي المحض ببيع الكلي المحصور ـ بكلام فرضه قبول بيع الكلي المردد فقال:

أنّ الامثلة من باب الشبهة المحصورة ويمكن أن يقال: إنّ إحدى الذمتين في المقام أيضاً لها إعتبار الملكية دون ذمّة من في العالم.

وثانياً: بأنّ هذه الامثلة ثبتت بالتعبّد لا على طبق القاعدة؛ فإنّ القاعدة لاتقتضي تعلق الطلاق باحدى الزوجتين؛ فإنّ طلاق القدر المشترک لا معنى له، ولا معين

---

١ ـ *المكاسب* ٣ : ٢٩٩

٢ ـ *حاشية البيع والخيارات* ١ : ١٠٢

في الواقع أيضاً حتى يتعين بالقرعة، فالقاعدة تقتضي البطلان[١].

و رد الطباطبايي كلام الشيخ فقال:

هذا و لو سلّمنا أنّ العوض لا يكون عوضا إلا مع اعتبار المملوكية و الاضافة إلى ذمّة. لكن لا نسلّم أنه لا يكفي الذّمة المردّدة بين شخصين أو أشخاص فدعوى عدم إجراء أحكام الملک على مثل ذلک كما ترى.

كيف! و لا فرق في ذلک بحسب الصّدق بين عدم تعيين المالكين و العوضين مع أنّا نرى أنه يصحّ أن يقال بعتک أحد هذين العبدين أو الثوبين بمعنى أنّ العرف يعتبرون الملكية و يجرون أحكام الملک على هذا المردّد و إنّما نقول ببطلان البيع من جهة الاجماع.

و بالجملة: من المعلوم أنّ الترديد بين أحد الشخصين لا يضرّ بصدق المعاوضة و لا فرق بينه و بين الترديد بين إحدى الذمتين في الكلي و يؤيد ما ذكرنا صحّة عتق أحد العبدين و طلاق إحدى الزّوجتين.

كما رد كلام المقابس نقضيا ببيع الكلي المردد فاليک نصه:

ثمّ أقول: كيف يصدق العوض على ما في ذمّة زيد إذا اشترى له فضولا قبل إجازته مع عدم اطّلاعه بل و عدم معرفة البائع له و لا يصدق على ما في ذمّة الواحد المردّد بين العاقد و موكّله مثلا (فظهر) مما ذكرنا أنّا لو قلنا بالبطلان لا بدّ و أن نقول به من جهة اشتراط تعيين المالک كما قاله ذلک البعض لا من جهة عدم صدق المبادلة فتدبّر[٢].

وقال الاصفهاني:

وأمّا بيع أحد الصيعان وعتق أحد العبدين وطلاق إحدى الزوجتين، فإنّ قصد ما له تعين واقعي في علمه تعالى ولو بعنوان ما يقع عليه سهم القرعة، أو ما

---

١ ـ *المكاسب والبيع* ١ : ٣٧١

٢ ـ *حاشية المكاسب* للطباطبايي ٢ : ٣١

يختاره فيما بعد. فلا إشكال في المعقولية ويبقى الكلام في صحّة مثل هذا العقد أو الايقاع شرعاً وإن لم يقصد ماله تعين واقعي ولو بهذا النحو من التعيّن فليس فيه الا مجرد لقلقة اللسان.

وأمّا الوصية باحد الشيئين أو لاحد الشخصين، فإن كانت عهدية فمرجعها إلى إيكال الامر إلى الوصي، فيكون من قبيل الايجاب التخييري.

وإن كانت تمليكية فمع قصد التعيّن بنحو ما ذكرنا صحت الوصية، والا كانت مجرد لقلقة اللسان.

وأمّا كيفية الايجاب التخييري والجواب عن النقض بالعلم الاجمالي وبيان محاذير حجية أحد المتعارضين بلا عنوان فقد تعرّضنا لهافي الاصول فليراجع[١].

و تبعه على ذلک في مصباح الفقاهة بقوله:

ولا يقاس ذلک بطلاق زوج من الازواج، أو بعتاق مملوک من المماليک، لصحة تعلق الطلاق والعتق بالجامع، وهو عنوان أحدى الزوجات أو أحد العبيد، وعليه فيستخرج الواقع بالقرعة لانها لكل أمر مشتبه[٢].

عدم التعيين في الزواج والطلاق

قال العلامة الحلي في إرشاد الاذهان:

ويشترط تعيين الزوجة، فلو زوجه إحدى بنتيه لم يصح، ولو زوجه الاب بإحداهن ولم يسمها في العقد، بل قصد معينة واختلفا في المعقود عليها، فالقول قول الاب إن كان الزوج رآهن، وإلا بطل[٣].

قال الشهيد في القواعد والفوائد:

---

١ ـ *حاشية الاصفهاني* للمكاسب ٢ : ٣١

٢ ـ *مصباح الفقاهة* ٢ : ٥٤٩

٣ ـ *ارشاد الاذهان* ٢ : ٤٣

لا یکفی القصد فی أرکان العقد إذا لم یتلفظ به، کما لو قال: بعتک بمائة، و نوی الدراهم، أو: خالعتک بمائة درهم، و أراد نقدا مخصوصا. و ظاهر الشیخ أبی جعفر الطوسی و من تبعه الصحة و یتبع الإرادة. و یمکن القول به هنا و فی البیع إذا کانا قد تواطئا علی ذلک، لأنه کالملفوظ. و البطلان قوی، للإخلال برکن العقد[1].

قال الشهید الثانی فی الروضة البهیة:

یشترط تعیین الزوجة و الزوج بالإشارة، أو بالاسم، أو الوصف الرافعین للاشتراک، فلو کان له بنات و زوجة واحدة و لم یسمها فإن أبهم و لم یعین شیئا فی نفسه بطل العقد، لامتناع استحقاق الاستمتاع بغیر معین، و إن عین فی نفسه من غیر أن یسمیها لفظا فاختلفا فی المعقود علیه حلف الأب إذا کان الزوج رآهن، و إلا بطل العقد و مستند الحکم روایة أبی عبیدة الحذاء عن الباقر (ع)[2].

قال الشیخ الأنصاری:

و یشترط تعیین الزوجة، فلو زوّجه إحدی بنتیه لم یصحّ بلا خلاف ظاهرا، و فی الکفایة: لا أعرف فیه خلافا، و عن الکشف: أنّه اتّفاقی.[3]

قال فی شرائع الاسلام ـ فی عداد شرائط الطلاق ـ :

الخامس: تعیین المطلقة ولو کان له زوجتان أو زوجات، فقال: زوجتی طالق، فإن نوی معینة صح، ویقبل تفسیره. وإن لم ینو، قیل: یبطل الطلاق لعدم التعیین وقیل: یصح وتستخرج بالقرعة، وهو أشبه.

ولو قال: هذه طالق، أو هذه، قال الشیخ: یعین للطلاق من شاء وربما قیل: بالبطلان، لعدم التعیین.

---

۱ ـ *القواعد والفوائد* ۱: ۱۰۲

۲ ـ *الروضة البهیة* ۵ : ۱۱٤

۳ ـ *کتاب النکاح* للشیخ الانصاری :۹۳

ولو قال: هذه طالق، أو هذه وهذه، طلقت الثالثة، ويعين من شاء من الاولى أو الثانية. ولو مات استخرجت واحدة بالقرعة.

وربما قيل: بالاحتمال في الاولى والاخيرتين جميعاً، فيكون له أن يعين للطلاق الاولى أو الاخيرتين معا، والاشكال في الكل ينشأ من عدم تعيين المطلقة. ولو نظر إلى زوجته وأجنبية، فقال: إحداكما طالق، ثم قال: أردت الاجنبية قبل.

ولو كان له زوجة وجارة كل منهما سعدى، فقال: سعدى طالق ثم قال: أردت الجارة لم يقبل، لانّ إحداكماً يصلح لهما، وإيقاع الطلاق على الاسم يصرف إلى الزوجة. وفي الفرق نظر.

ولو ظن أجنبية زوجته، فقال: أنت طالق، لم تطلق زوجته، لانه قصد المخاطبة.

ولو كان له زوجتان: زينب وعمرة، فقال: يا زينب، فقالت عمرة: لبيک، فقال: أنت طالق، طلقت المنوية لا المجيبة.

ولو قصد المجيبة، ظنا أنها زينب، قال الشيخ: تطلق زينب، وفيه إشكال، لانه وجه الطلاق إلى المجيبة لظنها زينب، فلم تطلق المجيبة لعدم القصد، ولا زينب لتوجه الخطاب إلى غيرها[١].

قال الشيخ الطوسي في الخلاف:

مسألة ١٦: إذا سأله بعض نسائه أن يطلقها، فقال: نسائي طوالق ولم ينو أصلا، فإنه لا تطلق واحدة منهن. وإن نوى بعضهن، فعل ما نوى.

وقال أصحاب الشافعي: يطلق كل امرأة له نوى أو لم ينو، إلا ابن الوكيل، فإنه قال: إذا لم ينو السائلة فإنها لا تطلق.

وقال مالک: يطلق جميعهن إلا التي سألته، لانه عدل عن المواجهة إلى الكناية، فعلم أنه قصد غيرها.

دليلنا: إجماع الفرقة على أن الطلاق يحتاج إلى نية. وهذا قد خلا من نية، فيجب

---

١ ـ *شرائع الاسلام* ٣ : ٥٨٢

أن لا يقع. وأيضا: الاصل بقاء العقد، والبينونة تحتاج إلى دليل. ولو كنا ممن لا يعتبر النية لكان قول الشافعي أولى، لعموم قوله: نسائي طوالق[1].

قال محيى الدين النووى في روضة الطالبين:

لو خاطب زوجته بالطلاق في ظلمة أو حجاب ونحوهما وهو يظنها أجنبية، تطلق عند الاصحاب، وفيه احتمال للامام.

وحكى الغزالي في البسيط: أن بعض الوعاظ طلب من الحاضرين شيئا فلم يعطوه، فقال متضجرا منهم: طلقتكم ثلاثا، وكانت زوجته فيهم وهو لا يعلم، فأفتى إمام الحرمين بوقوع الطلاق.

قال: وفي القلب منه شيء. ولك أن تقول: ينبغي أن لا تطلق، لان قوله: طلقتكم لفظ عام وهو يقبل الاستثناء بالنية، كما لو حلف ان لا يسلم على زيد، فسلم على قوم هو فيهم واستثناه بقلبه، لم يحنث. وإذا لم يعلم أن زوجته في القوم، كان مقصوده غيرها. قلت: هذا الذى قاله إمام الحرمين والرافعي، كلاهما عجب منهما، أما العجب من الرافعي، فلان هذه المسألة ليست كمسألة السلام على زيد، لانه هناك علم به واستثناه، وهنا لم يعلم بها ولم يستثنها، واللفظ يقتضي الجميع إلا ما أخرجه ولم يخرجها.

وأما العجب من الامام، فلانه تقدم في أول الركن أنه يشترط قصد لفظ الطلاق بمعنى الطلاق، ولا يكفي قصد لفظه من غير قصد معناه، ومعلوم أن هذا الواعظ لم يقصد معنى الطلاق، وأيضا فقد علم أن مذهب أصحابنا أو جمهورهم، أن النساء لا يدخلن في خطاب الرجال إلا بدليل. وقوله: طلقتكم خطاب رجال، فلا تدخل امرأته فيه بغير دليل، فينبغي أن لا تطلق لما ذكرته، لا لما ذكره الرافعي،

فرع

لو نسي أن له زوجة، أو زوجه أبوه في صغره، أو وكيله في كبره وهو لا يدري

---

١ ـ *الخلاف* ٤ : ٤٥٩

فقال: زوجتي طالق، أو خاطبها بالطلاق، طلقت، نص عليه الشافعي: وهذا في الظاهر. وفي نفوذه باطنا وجهان بناهما المتولي على الابراء عن المجهول. إن قلنا: لا يصح، لم تطلق باطناً[١].

قال الشيخ في الخلاف:

إذا قال لامرأة: أنت طالق ظنا منه أنها أجنبية أو نسي أن له امرأة، فقال: كل امرأة لي طالق فإنه لا يلزمه الطلاق. وقال الشافعي: يلزمه.

دليلنا: ما قدمناه من أن الطلاق يحتاج إلى نية، فإذا ثبت ذلك فهذا لم يقصد الايقاع. وإنما قصد إلى اللفظ، وذلك لا اعتبار به عندنا[٢].

قال العلامة الحلي في إرشاد الاذهان:

لا يشترط تعيين المطلقة على رأي، فلو قال لزوجاته: إحداكن طالق أو زوجتي طالق ولم ينو التعيين صح ويعين له من شاء، ولو مات أقرع، ولو قال للزوجة والاجنبية: إحداكما طالق قبل قوله في قصد الاجنبية، ولو قال: زينب طالق وهو مشترك بين الزوجة والاجنبية لم يصدق في قصد الاجنبية، ولو قال للاجنبية: أنت طالق لظنه أنها الزوجة لم يقع، ولو قال: يا زينب فقالت عمرة: لبيك فقال: أنت طالق طلقت المنوية، ولو قصد المجيبة لظنه أنها زينب فالوجه عدم الطلاق، ولو قال: زينب أو عمرة طالق عين من شاء، ولو قال: زينب أو عمرة وهند طالق عين الاولى أو الاخيرتين، ولو قال: زينب طالق ثم قال: أردت عمرة قبل، ولو قال: زينب طالق بل عمرة طلقتا[٣].

---

١ ـ *روضة الطالبين* ٦ : ٥٠

٢ ـ *الخلاف* ٤ : ٥٠٦

٣ ـ *إرشاد الاذهان* ٢ : ٤٣

قصد العوضين

في البيع مضافاً الى وجوب القصد الى الفاظ العقد كما اثبتناه العوضان من الاركان فيجب قصدهما بخلاف المالكين كما انّ في النكاح الزوجان في حكم العوضين فيجب تعيينهما. ولذا تريهم يحكمون في البيع بلا ثمن بالبطلان اذا لم يرد من تعبير (بعتک بلا ثمن) ابطال ما أنشأه أولا وتبديله بالتمليک بلا عوض ـ فهو في هذه الصورة ابطال للبيع وإيجاد للهبة ـ فمثلاً يقول الاصفهاني:

وإن أراد من الابتداء إيجاد حقيقة البيع بلا ثمن فهو من باب إرادة المتنافيين، لان حقيقة البيع وذاته شرعا وعرفا متقومة بالعوض وبعدم المجانية، فإيجاده بلا مقومه محال، فلا يتقدح في نفس العاقل الملتفت القصد الجدي إلى إيجاده كذلک[1].

التعيين كل بحسبه قال في العناوين الفقهية:

مضافا إلى متعلقات العقود إنما هي محال لاثارها، بمعنى أنها مورد للملک والطلاق والنكاح والعتق ونحو ذلک، ولا ريب أن هذه الامور تحتاج إلى محال مقررة في نفس الامر على حسب ما هو المعتبر في المفهوم، فإن كان شيئا يتقوم بالكلي والعين فلابد من تعينه على طريق الكلية أو العينية، وإن كان مما لا يتقرر إلا بشخص ـ كالعتق والطلاق والنكاح على أحد الوجهين، وهو الاصح ـ

---

١ ـ *حاشية المكاسب* للاصفهاني ١ : ٣١٤

فلابد من تعينه الشخصى حتى يتحقق الاثر فما لم يتعين هذه المحال فى نظر المتعاقدين بحيث يكون قابلا لورود الاثار المطلوبة عليها لا يتحقق للاثر محل، فيستلزم الفساد، لتخلف الاثر عن المؤثر، وليس الفساد إلا ذلك[١].

والزوجان فى النكاح والطلاق بمنزلة الثمن فى البيع فلذلک نرى ان المقابس استثناه من عدم لزوم تعيين المالكين فاليک نصه:

يشترط فى (النكاح) تعيين الزوجين و معرفة كل من المتعاقدين بذلک لأنّهما كالعوضين فى ساير العقود و تختلف الاغراض باختلافهما فلا بد من التعيين[٢].

فصل الطباطبائى وجعل الواجب معرفة اركان المعاملة (والقصد الى الاركان ينبعث من هذه المعرفة) وارجعها الى اختلاف الرغبات فلذا لا يجب فى البيع و الاجارة ويجب فى النكاح والوقف واللهبة و.... فقال:

التحقيق، ان يقال: بعدم وجوب العلم بمن له المعاملة فى الطرف الاخر الا إذا كان ركناً فى المعاملة بحيث يختلف الرغبات نوعاً باختلافه، كما فى النكاح؛ فإنّ الزوجين فيه بمنزلة العوضين يختلف الاغراض باختلافهما، وكذا فى الوقف بالنسبة إلى الموقوف عليه؛ فانّ الغرض فيه متعلق بالموقوف عليه وامّا الواقف فلا، وكذا فى الهبة؛ فإنّ الواهب يختلف غرضه فى هبة ماله بالنسبة إلى الاشخاص وكذا فى الوكالة وامثالها، فالزوجان والموقوف عليهم والموهوب له والوكيل اركان فى المعاملات المذكورة غالباً بخلاف البيع؛ فإنّ الركن فيه هوالعوضان[٣].

ولكن رده صاحب كتاب البيع فقال:

وفيه: أن اختلاف الاغراض النوعية فى باب العوضين، موجب للغرر مع عدم المعرفة بهما ذاتا ووصفا بما يدفع بها الغرر، فلو باع منا معينا غير معلوم ذاتا،

---

١ ـ *العناوين الفقهية* : ٣٢

٢ ـ *المقابس* : ١١٦

٣ ـ حاشية *المكاسب* للطباطبائى ٢ : ٣٤

أو منا من حنطة لم يعلم أنها جيدة أو رديئة، أو لا يعلم سائر أوصافها الدخيلة في الاغراض، بطل للغرر. وأما الزوجان فليسا ركنا بهذا المعنى؛ لعدم لزوم معرفة كل منهما الاخر كمعرفة المتبايعين للعوضين، فيصح نكاح زوجة معينة مجهولة الاسم والوصف لزوج كذلک، فما هو المعتبر في النكاح ليس إلا التعيين على إشكال. وما في كلام بعضهم من أن الزوجين في النكاح كالعوضين في سائر العقود، وتختلف الاغراض باختلافهما، فلا بد من التعيين وتوارد الايجاب والقبول على شئ واحد.

فيه: أن اختلاف الاغراض ليس دليلا على لزوم التعيين في قبال الابهام؛ لعدم اطراده لا في البيع، ولا في النكاح؛ لان صاعين من صبرة واحدة لا تختلف الاغراض فيهما، فلا بد من الالتزام بصحة بيع أحدهما لا بعينه، وهم لا يلتزمون به، وكذا الحال في امرأتين متماثلتين فيما لا تختلف فيه الاغراض.

وأما التعيين في قبال التوغل في الابهام، كبيع أحد الاشياء مع تعينه في القصد واقعا، فاعتباره في البيع لرفع الغرر، وأما النكاح فليس معاملة عند العقلاء والشارع الاقدس، ولا يجري فيه حكم الغرر. فلا مانع من صحة نكاح زوج معين واقعا مجهول من جميع الجهات من معينة كذلک، ولا دليل على اعتبار المعرفة بهما، وقد عرفت حال اختلاف الاغراض. وعدم التعارف لا يوجب انصراف الادلة؛ فإن المتعارف في النكاح التفتيش عن حالها، وحال طائفتها، وجمالها، وثروتها... إلى غير ذلک؛ مما لا يمكن الالتزام ببطلانه مع عدم المعرفة بها[1].

وسياتي في مبحث القصد والفقه الوضعي ان الثمن والمثمن اذا ظهر خلافه وكان هذا الخلاف خلافا مؤثرا فالبيع لا ينعقد من الاساس واما اذا كان الخلاف خلافا غير موثر فيثبت الخيار فانتظر.

---

١ ـ *البيع* ٢ : ٤٩

معرفة الموجب والقابل بالنسبة الى من يقع له البيع

كما قلنا العقد يتبع من قصد المتعاملين مطلقا استدرک المقابس الصورتين من صور لزوم التعيين وخلط لان حقه ان يكون استدراكا من لزوم رعاية قصد المتعاقدين والشيخ اخذ هذا الاستدراک من المقابس ولم يصرّح بانه من المقابس وخلطه وذكره مستقلاً.

قال صاحب المقابس ـ فى ذيل صورة لزوم التعيين كلّ من المتعاقدين جانبه يعنى: ان قصد احدهما المخاطب ولم يرض بغيره ـ:

نعم يستثنى من ذلک صورتان

الاولى: ان يصرح بقصده تمليک العاقد خاصة بشىء فى ذمته و عدم رضاه بتمليک غيره مع ان الغرض قصد العاقد المعاملة لغيره فالاحوط المنع عملا بمقتضى القاعدة ـ ماقصد لم يقع وماوقع لم يقصد ـ و عدم ظهور دخول هذه الصّورة فى الادلة المذكورة.

الثانية: عقد النكاح فانّه يشترط فيه تعيين الزوجين و معرفة كل من المتعاقدين بذلک لانّهما كالعوضين فى ساير العقود و تختلف الاغراض باختلافهما فلا بد

من التعيين و توارد الايجاب و القبول على امر واحد[١].

وفصل حكم النكاح وارجع حكم تعيين المهر فى النكاح الى عدم وجوب تعيين المالكين فى البيع فقال:

نعم لو لم يعين فى النكاح من فى ذمته المهر و لم يتوارد القصدان على شيء واحد فالوجه صحّة العقد و المهر و ذلک كما لو عقد الاب لابنه الصغير قاصدا كون المهر من ماله او مال الابن لا يساره و قصد المراة على خلاف ذلک او خلت عن قصد فالوجه الصّحة ما لم يصرّح بالمخالفة كما سبق و جميع ما ذكر فيما اذا توقف تعين المالک على التعيين[٢].

اقول: ليس الامر الاول من استدراک تبعية العقد للقصد بل هو عينه فلذا يوجب بطلان المعاملة بل هو من تعارض القصدين وعدم توافقهما او قل من موارد عدم توارد الايجاب والقبول على مورد واحد. والامر الثانى داخل فى مسئلة لزوم معرفة من يقع له العقد وربط الامر الاول بموضوع رسالتنا واضح والامر الثانى مربوط بمحل البحث من حيث انبعاث القصد من معرفة من له العقد او مطلق القصد ممضى.

جعل الطباطبائى محلّ البحث (فى الموجب والقابل) فى مسئلتين و احدى هاتين المسئلتين هى:

١ ـ انه هل يعتبر ان يكون البايع عالماً بأنّ القابل يشترى لنفسه أو لغيره؟ وعلى الثانى ان ذلک الغيرمن هو؟

وكذا يعتبر ان يكون المشترى عالماً بأنّ البايع يبيع مال نفسه اوالغير وأنّ ذلک الغيرمن هو؟[٣]

وذهب الى هذا النائينى فى (المكاسب والبيع) فقال:

---

١ ، ٢ ـ *المقابس* : ١١٥

٣ ـ *حاشية المكاسب* للطباطبائى ٢ : ٣٢٤

والكلام هاهنا في إعتبار تعيّن كون كلّ من الموجب والقابل أصيلاً أو وكيلاً أو فضوليّاً.

وبعبارة أوضح: في اعتبارعلم كلّ من الموجب والقابل بكون طرفه اصيلاً أو وكيلاً أو فضولياً في تحقق العقد[1]

وحدد في كتاب البيع موضوع هذا العلم فاستدرك:

نعم، إيجاد العلقة للمجهول المطلق مستحيل، لكن مرادنا من عدم المعرفة ما لا بد منه في الثمن والمثمن في البيع، بحيث يسد باب الغرر[2].

وجعل الاخوند الملاک هو التواطي والتوافق على المورد الواحد في ما هو البايع وفي ما هو المشتري وحكم بانه ان لزم من هذا التعيين عدم هذا التوافق والتواطي فيبطل والا فلا. واليک نصّه:

لا يخفى، أن العقد لما كان أمرا ربطيا بين الاثنين، لم يكد يتحقق إلا إذا تواطئا وتوافقا بحسب القصد، فلو قصد أحدهما تمليک الاخر نفسه، وقصد الاخر تمليک غيره وكالة أو فضولا، لم يتواطئا على واحد، فلا عقد بينهما، بل من كل واحد منهما ايقاع.

نعم ربما يقال بأنه يكفي قصد أحدهما ما يقصده الاخر اجمالا في البيع، وإن لم يعرفه تفصيلاً، إذا لم يقم دليل على تعيينه، كما في النكاح بالنسبة إلى تعيين الزوج والزوجة، كما أن دليل نفي الغرر، دل على لزوم تعيين العوضين فيه، وعدم كفاية توافقهما على ما عينه أحدهما بحسب قصده.

وبالجملة: اعتبار تعيين ما توافقا عليه، شئ آخر، والذي لا بد منه في تحقق العقد، التواطؤ على واحد بحسب القصد، فيكون وجه صحة البيع،

---

١ ـ *المكاسب والبيع* ١ : ٤١٥ وايضا *هداية المسترشدين* و *مصباح الفقاهة*

٢ ـ *تقريرات البيع* : ٣٧٥

لاجل قصد البايع غالبا ما قصده القابل، من دون تعلق غرضه أصلا بشخص خاص وعدم دليل على تعيين من ينتقل إليه العين، بخلاف النكاح، حيث إن الغرض غالبا، متعلق بخصوص شخص، والدليل قد دل على اعتبار تعيينه، واسناده إلى الوكيل غير صحيح عرفا، بخلاف البيع[1]

وقال في نهج الفقاهة:

الظاهر أنه لا يجب معرفة من له العقد لعدم الدليل على قدح الجهالة المذكورة وأدلة نفي الغرر إنما تدل على قدح الجهالة بالصفات التي يكون عليها المبيع والثمن مما تختلف الرغبة باختلافها

ولكن ترق في تقريرات البيع وفصل عكس ما يبدو ظاهرا فقال: لا دليل على اعتبارها في البيع، بل في النكاح أيضا، وإن قيل بالاعتبار فيه. فإنه لا دليل على اعتبار مثل ذلك في النكاح[2].

واضاف نهج الفقاهة فقال:

ليست معرفة المالك إلا كمعرفة مكان المبيع حين البيع ومعرفة السبب الباعث على البيع ونحو ذلك مما لا يرتبط بالرغبة[3].

ويرجع فلسفة المعرفة الى لزوم التطابق بين الايجاب والقبول

ويمكن ان يفصل بين العلم بعدم التطابق فيلزم منه كون ما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد (كما مر من المقابس) و بين الجهل بعدم التطابق فلا يضركما

قال الطباطبائي في جواب سوال في رسالة فارسية وضعت لهذه الامر ما هو مضمونه:

---

١ ـ *حاشية المكاسب* للاخوند الخراساني : ٥٩

٢ ـ *تقريرات البيع* : ٣٧٥

٣ ـ *نهج الفقاهة* : ١٨٤

اختلاف قصد البايع و المشترى غير مضرّلانّ المشترى مثلا يقصد هذا الشخص من حيث إنه بايع فى الواقع لا من حيث هو هو، وكذا العكس.

وعلله بانّه: الغرض الاصلى نوعاً هو العوضين وكون من هو المالک غير مقصود فالبايع ان قصد البيع الى غير من هو له (مثل هذا المخاطب الغير المالک) جاهلاً غير مضرّ.

والموجه اليه الخطاب فقط يكن مورداً للالتزام. ـ ويحتمل ان يكون هذا سببا لطرح مسئلة ارجاع التطابق الى معرفة الملتزم فى نهج الفقاهة والحاشية على البيع والخيارات كما سياتى ـ

نعم فى باب النكاح من حيث انّ غرض زوجين يجب ان يكون معلوماً فكلا العاقدين يجب ان يقصد المخاطب فاختلاف القصدين فى النكاح باطل يعنى كونه من احدهما اصالة وفى الاخر وكالة او فضولة[1].

ولكن قال فى نهج الفقاهة:

الظاهر أنه لا فرق بين أن يكون العوضان خارجيين وأن يكونا ذميين وأن يكونا مختلفين[2].

ولكن كما يقول النائينى فى (المكاسب والبيع) هو واجب من لحاظ آخر وهو معلومية العوض لامن لحاظ معلومية المالک فاليک نصه:

وأمّا المعاوضات، فاعتبار التعيين فيها إنما هو لاعتبارالعوض فيها حيث ان تحقق المالية فى الكلى إنما هو بتعيين المالک، وإلا فما هو الركن فيها هوالعقد و العوضين، فلو تمّ شرائطهما لم يعتبر شيء آخر أصلاً[3]

وكما قال: الطباطبائى:

---

١ ـ *رساله سوال وجواب* للطباطبائى : ٦٤

٢ ـ *نهج الفقاهة* : ١٨٤

٣ ـ *المكاسب والبيع* ١ : ٣٧١

نعم، لايبعد ان يقال في صورة كون العوض في الذّمة: بان التعيين شرط لاختلاف الرغبات نوعاً في كون من في ذمّته المال مليّاً أومعسراً أونحو ذلك[١].

وارجع صاحب كتاب البيع محل البحث الى تطابق الايجاب والقبول فقال:

والكلام هاهنا في أن السبب عند العقلاء والشارع هل هو العقد الذي خوطب به المشتري؛ أي يكون الخطاب معه من شرائط صحته وسببيته، فلو خوطب به غيره بطل ولو أراد جداً الانتقال إلى الطرف الحقيقي، أو لا يعتبر؟[٢]

ثم قال في لزوم توافق قصد المتعاقدين:

لا ريب في بطلان ذلك (عدم التطابق)، لان ما أنشأه الموجب لم يتعلق به القبول وما تعلق به القبول لم ينشئه الموجب، سواء في ذلك أن يكون من له العقد ركنا فيه كالنكاح وما حذا حذوه، وما لم يكن كذلك كالبيع وما تلا تلوه. والسر في ذلك ما عرفته قريبا من أن العقود عبارة عن الاعتبار النفساني المقرون بالمظهر الخارجي من اللفظ وغيره فبانعدام أحد الامرين تنعدم حقيقة العقد. ثم لا يخفى عليك أن البحث في هذه الجهة من صغريات البحث عن اعتبار التطابق بين الايجاب والقبول، وقد تقدم في محله أنه إذا لم يرد الايجاب والقبول على محل واحد لم يكن أحدهما مطاوعة للاخر حينئذ فلا تتحقق المعاقدة بين المتعاقدين، بل يكون هنا أمران لا يتصل أحدهما بالاخر[٣].

وجعل في مصباح الفقاهة محل البحث في هيهنا اعتبار تعيين من له العقد اثباتاً فانه قال:

هل يعتبر في العقود تعيين من له العقد اثباتا، بناءا على اعتبار قصده ثبوتا، بأن

---

١ ـ *حاشية المكاسب* للطباطبائي ٢ : ٣٤

٢ ـ *السابق*

٣ ـ *مصباح الفقاهة* ٣ : ٢٨٠

يكون البائع عالما بمن يقع الشراء له، والمشترى عالما بالبائع[١].

وسلک فی الحاشية على البيع و الخيارات، مسلكاً آخر وغيّر عنوان البحث الى غرض المتعاملين هل هو معرفة الملتزم بالعقد او معرفة من له العقد وقال فی الاول بعدم لزوم تعيين من له العقد مطلقاً وفی الثانی وجوب معرفة المتعاملين مطلقاً: وذلک يكون فی البيع الذی ليس شخصية طرف المقابل فيه مهمّاً وانما المهمّ فی البيع تعيين الملتزم وهو الموجب والقابل ومعه يخرج عن محلّ البحث مطلقاً ولا ربط بقصد العاقدين مطلقاً ولا يعتبر تعيين المالک للطرف الاخر ويدخل فی مبحث التنازع والترافع والدعاوی كما ياتی اشارة نهج الفقاهة اليه. واليک نصّه:

ليس المقصود من كون الشخص موجبا أو قابلا، إلا أنه هو الملتزم بالعقد، و المنشئ له الموجد لمضمونه، و لذا إن الموكل لا يكون ملتزما بالعقد، فلا يرجع عليه الطرف الاخر، و إنما يرجع على من عقد معه المعاملة، فليس من الموكل التزام أصلا فی ما وكل به الذی يعقده الوكيل.

نعم هو ملتزم للوكيل بعقد الوكالة، فيرجع اليه نفس الوكيل، لا أنه ملتزم للطرف الاخر، فالموجب فی البيع حقيقة إنما هو البائع المنشئ للبيع، و القابل هو المشترى المنشئ للقبول، سواء كانا أصيلين أم وكيلين أم فضوليين، فالبائع إنما يخاطب المشترى حيث كان هو الملتزم بالعقد، و كذلک المشترى إنما يخاطب البائع حيث إنه هو العاقد الملتزم.

و على هذا، فإذا كان المقصود من المعاملة مجرد المعاوضة بين المالية بين شيئين لتحصيل النفع المالی بلا غرض آخر، و تعيين من يلتزم بالمعاملة لتحصيل هذا الغرض، فلا حاجة إلى تعيين المالک لاحد الطرفين إلى الاخر، إذ لا غرض للمعامل فی تعيين من هو المالک، بل الذی يهمه هو النفع المالی و تعيين من

---

١ ـ *مصباح الفقاهة* ٢ : ٥٤٩

هو الملتزم، فلا يعتبر تعيين المالک للطرف الاخر.

نعم لا بد من تعيين الملتزم الذی هو الموجب أو القابل فی هذه المعاملة.

و أما إذا كان المقصود من المعاملة هو تعيين نفس الشخص الذی ترجع له المعاملة حقيقة، لا مطلق كونه ملتزما و عاقدا، كما فی الهبة و الوكالة و الوصية و الوقف الخاص، و أمثال ذلک، فإن الواهب ليس غرضه صرف هبة ماله إلی أخر أیّ كان، بل إنما يهب ماله لعود النفع إلی الموهوب، أو لغرض من الاغراض يتعلق بشخص معين، و كذا الموكل ليس غرضه صرف التوكيل لایّ كان. و الواقف ليس غرضه صرف الوقف، و الوصی صرف الوصية، بل الغرض توكيل شخص معين يعتمد عليه، و وقف المال علی معين يريد نفعه لغرض، و وصية من يحفظ له ماله، و هكذا.

فحينئذ لا بد من تعيين ذلک الشخص، فلا يكفی تعيين نفس القابل، سواء كان عن نفسه أم عن غيره، بل لا بد من معرفة ذلک. فتحصل أنه فی البيع و الاجارة، بل فی جميع عقود المعاوضة إنما يلزم تعيين الملتزم بالعقد، و الموجب و القابل، أما المالک، و الذی ترجع إليه المبادلة حقيقة فلا.

و أما مثل عقد النكاح فأمره واضح لما تقدم من ان قوام عقد النكاح، بالطرفين اللذين هما الزوج و الزوجة[1].

اقول: وفيه: اولاً النقض بموارد التی يكون اعتبار المالک او الملتزم له قسط من الثمن مثل بيع الكلی او امكانية وجوب الوفاء بالمعامة. وثانياً خلاف ما جعله الشيخ محلّ البحث. كما سياتی. وثانياً: الكلام فی تاسيس الاصل يعنی فيما يكون غير معلوم غرض المتعاملين هل هو تعلق بصرف التبادل بين العوضين ام تعيين المالكين موثر فی الغرض.

و فصّل فی آخر كلامه تفصيلاً جديداً فقال:

---

١ ـ *الحاشية علی البيع ولخيارات* ١ : ١٠٦

يمكن أن يقال: إنه فى العقود غير عقود المعاوضة ما عدا عقد النكاح، إنما يلزم تعيين القابل دون الموجب خصوصا، مثل: الهبة، و الوقف الخاص، و أمثال ذلک، إذ لا غرض للقابل فى تعيين من هو المالک للموهوب و الموقوف، فلاحظ و تدبر[١].

اقول: وهذا عجيب لانّ فى الهبة معرفة المالک واجب لانّ قبوله وعدمه من القابل ينوط بشخصية الواهب. وما ادرى لماذا جاء بالموجب والقابل ابتدائاً واستدلّ عليه بعدم الغرض للقابل بتعيين المالک ثانياً.

هل يصحّ التمليک الظاهري لغير المالک مع قصد المالک الحقيقي؟

مرّ عدم صحة تمليک الواقعى لغير المالک وجعل الطباطبائى المسئلة الثانية فى انّه: إذا علم بان الطرف الاخر وكيل أو ولى فهل يجوز فى مقام إجراء الصيغة ان يقول: «بعتک» أو «وهبتک» أو، لا؟ بل لابدّ ان يقول: «بعت موكّلک» مثلاً، كما هو المتداول فى إجراء صيغة النكاح حيث انّه لايقال للوكيل: «انكحتک»، بل يقال: «انكحت موكّلک».

وجعل الايروانى محلّ البحث (فى قصد الموجب والقابل)منحصراً هو هذا يعنى:

انّه هل يجوزمخاطبة الموجب الوكيل فى القبول بمثل «بعتک» و«أنكحتک» و هكذا، أولا يجوز؟ أو يفصل بين البيع وأخواته من الاجارة ونحوها وبين النكاح وأخواته من الوقف والوصية والهبة والتوكيل ممّا للشخص الخاصّ مدخلية فى طرفية المعاملة؟

هذا، بعد التسالم على جواز مخاطبة الوكيل فى الكلّ بمثل «بعت من موكّلک، أو زوّجت موكّلک.» ومنشأ الاشكال هو تعارف التعبير فى البيع بمثل «بعتک» مخاطباً به الوكيل وعدم تعارفه فى النكاح، بل عدّه غلطاً عرفاً مع أنّ كاف

---

١ ـ *الحاشية على البيع والخيارات* ١ : ١٠٧ هذا التفصيل جاء ايضا فى كلام الطباطبايى فراجع

الخطاب هو ذاک الكاف، فإن جازمخاطبة الوكيل به، جازفی المقامين وإن لم يجز، لم يجز فيهما[١].

قال الايروانی: ليس محلّ البحث فی وجوب أن يكون المتخاطبان فی الايجاب والقبول المالكان وعدمه كما اوهم عبارة الشيخ ذلک واليک نصّه:

لا إشكال في عدم وجوب أن يكون المتخاطبان فی الايجاب والقبول هما المالكان، بل جاز أن يكونا هما الوكيلان أوالوليّان أوالفضوليّان، وإن أوهم ظاهرعبارة الكتاب وقوع البحث فی ذلک، ولكنّه باطل بالضرورة[٢].

وذهب الى هذا المسلک النائينی فی (منية الطالب) فقال:

إذا علم بأنّ الطرف الاخر وكيل أو ولی، فهل يصحّ فی مقام إجراء الصيغة المخاطبة مع الطرف مطلقاً؟ بأن يقول: «أنكحتک»، أولا يصحّ مطلقاً، أو التفصيل بين البيع ومايحذو حذوه وبين النكاح وما يتلو تلوه؟[٣]

وقال فی نهج الفقاهة:

الظاهر أنه لا مانع من توجيه الخطاب بالايجاب إلى غير من له العقد إذا كان عنوان العقد مما يقوم بغير من هو له مثل البيع والاجارة كما إذا قال البايع للوكيل أو الولي أو الفضولي: بعتک فرسی بحمار زيد، قاصدا أن يكون الفرس لزيد وكذا إذا قال له: آجرتک داری بدينار زيد، ولا يصح إذا لم يكن العنوان كذلک، فلا يصح أن يقول له: ملكتک فرسی بحمار زيد، كما لا يصح أن تقول الزوجة لوكيل الزوج: زوجتک نفسی، والسر فی ذلک ظاهر إذ لما صح: ابتعت لزيد، واستأجرت لزيد، صح فی القسم الاول ولما لم يصح أن يقول: تملكت

---

١ ـ *حاشية المكاسب* للايروانی ٢ : ١٧٩

٢ ـ *حاشية المكاسب* للايروانی ٢ : ١٨٠

٣ ـ *منية الطالب* ١ : ١١٢

لزيد، و: تزوجت لزيد، لم يصح فى القسم الثانى[١].

ولكن قال فى كتاب البيع بعدم الفرق بين البيع والنكاح فى صحّة هذا التخاطب وجعل الملاک الجرى على قواعد المحاورات وقيام القرينة واليک نصّه:

فى جواز التخاطب مع وكيل الطرف؛ بأن يقول: «ملكتک» مريدا به البائع الحقيقى و «أنكحتک» مريدا به الزوج. والظاهر جوازه إذا أقام القرينة بنحو صار الكلام ظاهرا في المعنى المقصود، وجاريا على قواعد المحاورات، من غير فرق بين البيع ونحوه، والنكاح والوقف ونحوهما؛ لاطلاق الادلة، وعدم دليل على الاشتراط المذكور[٢].

ولكن فى التقريرات رجع الى نظر المشهور بقوله:

لظاهر الجواز في البيع دون النكاح، وذلک للتعارف في الاول دون الثاني، وقد مر لزوم اتباع العرف فى الاسباب أيضا، كالمسببات في باب المعاملات.
وأما وجه التعارف في البيع دون النكاح، فهو تعلق الغرض بالمبادلة بين المالين في البيع، ولا نظر فيه إلى الاشخاص غالبا، بخلاف النكاح، فإن المتعلق للغرض فيه هو الاشخاص نوعا، وهذا ظاهر[٣].

(مسئلة)

هل المخاطبة تدل على التعيين (اى تعيين كون الموجب والقابل متملكاً؟)

وهو موافق لظاهر اللفظ (ک) فى بعتک و (ک ومادة تمليک) فى ملكتک فلا يشمل الوكيل. هل ذات العقد لا يدل على التعيين ويتعارض هذا مع اللفظ ک فى

---

١ ـ *نهج الفقاهة* : ١٨٤

٢ ـ *كتاب البيع* ٢ : ٧٤

٣ ـ *تقريرات البيع* : ٣٧٦

بعتک و ک ومادة تمليک فی ملکتک لان الغرض مبادلة العوضين والمخاطبة مع المخاطب انما هو لتصحيح الخطاب لا اکثر يعنی صرف توجيه الخطاب بدون ایّ قصد او ذات العقد يدلّ علی تعيين الاعمّ من المخاطب.

ولکن الاصفهانی جعل محل الکلام ومحطّه فی لزوم التبعيّة عن ظاهر کلام المتعاقدين وعدمه فقال:

الکلام هنا، کما يدلّ عليه الاستدلال بظاهر الکلام فی أنّ التعيين المستفاد من ظاهر الکلام الموجّه إلی شخص المخاطب هل هو متبع، فليس للمخاطب أن يقبله عن غيره، أولا ظهورله فی التعيين ذاتاً أو لقرينة نوعيّة صارفة عن ظهوره الذاتی؟[1]

وحکم فيه بانّ المستفاد من ظاهر الکلام الموجّه إلی شخص المخاطب هو التعيين ولکن لوجود القرينة النوعيّة علی أنّ الغرض متعلّق بمحض المبادلة بين العوضين نرفع اليد عن تلک القرينة واليک نصّه:

والحقّ: ظهوره الذاتي؛ لکنّه فی البيوع وأشباهها قرينة نوعيّة علی أنّ الغرض متعلّق بمحض المبادلة بين العوضين و وصول کلّ منهما إلی عوض ماله. وعليه، فالغرض النوعی المعلوم کاشف عن طورالقصد العقدی، فلايبقی ظهوره الذاتی علی حاله، بخلاف باب النکاح والوصايا والاوقاف؛ فإنّ الاشخاص هناک بمنزلة العوضين فی البيع ممّا يتفاوت القصد العقدي، بتفاوته الرغبات، فلاصارف للظهورالذاتی، بل لو کان الظهور الذاتی فی الاعمّ، لکان ما ذکرنا من تفاوت الرغبات فيها صارفاً عن ظهوره الذاتی[2].

قال الشيخ:

وأمّا تعيين الموجب لخصوص المشتری المخاطب والقابل لخصوص البائع،

---

١ ، ٢ ـ *حاشية المکاسب* للاصفهانی ٢ : ٣٧

فيحتمل إعتباره، الا فيما علم من الخارج عدم إرادة خصوص المخاطب لكلّ من المتخاطبين ـ كما في غالب البيوع والاجارات ـ فحينئذ يراد من ضمير المخاطب في قوله: «ملّكتک كذا ـ أو منفعة كذا ـ بكذا» هو المخاطب بالاعتبارالاعمّ من كونه مالكاً حقيقياً أو جعلياً ـ كالمشترى الغاصب ـ أو من هو بمنزلة المالک بإذن أو ولاية[1].

قال الشهيدى فى توضيح القاعدة الاولية:

فإن علم كلّ منهما خصوص الاخر بأن علم الموجب أنّ القابل يقبل لنفسه وأنّه صاحب الثّمن و علم القابل أنّ الموجب يوجب لنفسه و أنّه صاحب المثمن و كان العقد خاليا عن اللّفظ الظّاهرفى إرادة خصوصيّة المباشر لاحد طرفى العقد مثل كاف الخطاب كما فى قول أح دهمابعت هذا بهذا و قول الاخرقبلت هذا بهذا أو كان العقد مشتملا عليه ولكن أريد منه فيما لو كان المالک غير المخاطب معنى ينطبق على المالک مع نصب قرينة عليه صحّ بلا إشكال.

و اضاف بعده:

وإن جهلا أو أحدهما بذلک بطل لفقد الشّرط. و فى المستثنى يصحّ مطلقا حتّى مع الجهل بخصوص المخاطب و لكن مع التّحفظ على التّطابق بين مورد الايجاب و القبول و لو بالاجمال بأن قصد الموجب تمليک المثمن لصاحب الثّمن المعلوم بالاجمال عنده المردّد بين القابل و غيره و قصد القابل تمليک الثّمن لصاحب المثمن المعلوم عنده كذلک. و لازم ذلک التّصرّف فى كاف الخطاب على تقدير اشتمال العقد عليها بإرادة المخاطب بالعنوان العامّ الشّامل له بما هو أصيل حقيقة أو تنزيلها إمّا من الشّرع أو من العاقد كما فى الغاصب و هو عنوان المتسلّط على المال مثلا مستندا فى ذلک إلى قرينة غلبة إرادة العنوان العامّ من المخاطب إذ لو لم يقصد منه ذلک بل قصد خصوص المخاطب

---

١ ـ *المكاسب* ٣: ٣٠٣

لفات التّطابق إلا فيما كان المخاطب هو المالک واقعاً[١].

قال الطباطبائي:

انّ هذا الوجه مناف لما سبق من أنّ مقتضى المبادلة وصول كلّ من العوضين إلى مالک الاخر و أنّ قصد الغير لغو؛ إذ مقتضاه: أنّه لايضرّ قصد الخصوصية، مع فرض القصد إلى المبادلة الحقيقية.

ولذا حكم ـ قدس سره ـ بكون الاشكال المشاراليه فى كلام التذكرة ضعيفاً مخالفاً للاجماع والسيرة.

فظهر من جميع ذلک: عدم قابلية هذا الوجه لاثبات الاحتمال الاوّل. نعم، انماينفع فى مقام التنازع بأن يقول البايع: «اشتريت لنفسک» ويقول الاخر: «بل اشتريت لوكيلى» مثلاً؛ فإنّ مقتضاه تقديم قول البايع؛ فانه موافق لظاهره الكلام[٢].

قال الشيخ:

ويحتمل عدم إعتباره الا فيما علم من الخارج إرادة خصوص الطرفين، ـ و اختلاف الاغراض باختلافهما ـ كما فى النكاح، والوقف الخاصّ، والهبة، والوكالة، والوصيّة [٣].

فيكون الحال على هذا الاحتمال فى كلّ من طرفى المستثنى منه و المستثنى من حيث الصّحة و الفساد عكسها على الاحتمال السّابق.

قوّى النائينى فى (منية الطالب) و(المكاسب والبيع) القول الثانى و شبّه حكمه بالحكم فى المبحث السابق (أى إعتبار قصد المالكين وعدمه)، واليک نصّه فى

---

١ ـ *هداية الطالب الى اسرار المكاسب* ٢ : ٤٤٣

٢ ـ *حاشية المكاسب* للطباطبائى ٢ : ٣٦

٣ ـ *المكاسب* ٣ : ٣٠٣

(المكاسب والبيع):

الحقّ هو التفصيل المتقدّم؛ ففيما لا يحتاج إلى تعيين كلّ من الموجب و القابل للاخر يكفى الخطاب إلى من هو طرف العقد ولو كان وكيلاً.

وفيما يحتاج إلى التعيين يتوقف على ذكر من هوطرف المعاملة؛ امّا فى الاول: فلما مرّفى الجهة الاولى من عدم الاحتياج إلى تعيين ما ليس بركن فى العقد.

امّا الثانى: فلما مرّ أيضاً فى الحاجة إلى تعيين ما هو الركن؛ والمخاطب الاعمّ من الموكل والوكيل ليس ركناً، فذكره فى العقد غير كاف عن ذكر ما هو الركن فيه. مع أنّ كاف الخطاب أيضاً لم يوضع لان يخاطب بها مع المعنى الاعمّ اعنى القدر المشترک بين الوكيل والموكل، بل هو آلة للتخاطب مع المعيّن وهو الوكيل نفسه أو الموكّل؛ والمفروض عدم كون العقد مع الوكيل فلا بدّمن ذكر الموكّل، وإلا يختلّ ذكر الركن فى العقد، فيبطل بالاخلال بذكره فلا يصحّ الخطاب بالاعمّ من الوكيل والموكّل حتى فيما إذا لم يكن الطرف ركناً.

نعم، فى هذه الصورة يصحّ توجيه الخطاب نحو الوكيل بما هوموكّله لا بما هوهو، فتكون المخاطبة معه بما هو موكّله لا بما هو نفسه، وفرق بين ان يجعل المخاطب هو الاعمّ من الموكّل والوكيل و بين ان يجعل المخاطب هو الوكيل؛ لكن بعد تنزيله منزلة الموكّل وبما هو موكّله.

والاول، هوالذى (سينكره) المصنف قدس سره فى الكتاب بقوله: «وعلى الوجه الثانى إنّ معنى بعتک فى لغة العرب، كما نصّ عليه فخرالمحققين وغيره هو ملّكتک بعوض ومعناه: جعل المخاطب مالكاً الخ.»

والثانى، هوالذى (سيبديه) بقوله: «فالاولى فى الفرق: ما ذكرناه من انّ الغالب فى البيع والاجارة هوقصد المخاطب؛ لا من حيث هو، بل بالاعتبارالاعمّ. الخ» ومقصوده من الاعتبارالاعمّ أى الاعمّ بما هو هو، أو بما هو موكلّه. وإلى الفرق الذى ذكرناه (سيأمر) بالتأمل بقوله: «فتأمّل» معلّلاًبأنه: «لايتوهم رجوعه إلى ما

ذكرناه سابقاً واعترضنا عليه.»[١]

ورجّح الايروانی ایضاً هذا القول واخرجه عن محلّ البحث فقال:

اعلم انّه لا إشكال فی عدم وجوب معرفة البایع للمشتری المتملّک للمبیع وقصده عند الانشاء وكذا معرفة المشتری للبایع المنتقل من ملكه المبیع وقصده. وأیضاً لا إشكال فی عدم وجوب معرفة البایع للمشتری المنشاء للقبول، وكذا العكس فلو قال: «بعت من الوكیل منكما»؛ مع عدم معرفته ولا معرفة الموكّل، فقبل الوكیل جاز[٢].

وكما قلنا جعل الطباطبائی المسئلة الثانیة خارجة عن محلّ البحث (و هو إنّه بعد العلم بكون الطرف الاخر نائباً عن الغیر او ولیّاً هل یجوز فی مقام إجراء الصیغة جعله طرفاً فی المعاملة أو لابدّ من ذكر الموكّل و المولّی علیه؟) خلافاً للایروانی الذی جعله محطّ البحث.

وقال الطباطبائی فی حكمه:

التحقیق: انّ المدار علی صراحة الصیغة وعدمها؛ فإن كان ذلک متعارفاً فی العرف بحیث یفهم منه المراد جاز، والا فلا. ففی باب البیع لمّا تدارک توجیهه إلی المخاطب بعنوانه الاعمّ جاز.

وفی النكاح لا یجوز لعدم التداول والا فمن حیث هو، لا مانع من ان یقول: «انكحتک فلانة» بمعنی: «انكحتک منه حیث إنّک نائب عن فلان» وكذا فی الوقف والوكالة

والتحقیق: الجواز مع نصب القرینة فی الكلّ لعدم المانع من مثل هذا الاستعمال والاطلاق[٣].

---

١ ـ *المكاسب والبیع* ١ : ٤١٦

٢ ـ *حاشیة المكاسب للایروانی* ٢ : ١٧٩

٣ ـ *حاشیة المكاسب للطباطبائی* ٢ : ٣٤

وقال الشيخ:

والاقوى هو الاولّ؛ عملاً بظاهر الكلام الدالّ على قصد الخصوصيّة، وتبعيّة العقود للقصود. وعلى فرض القول بالثانى فلو صرّح بإرادة خصوص المخاطب إتّبع قصده، فلا يجوز للقابل أن يقبل عن غيره[1].

وردّ عليه الشهيدى قائلاً بانّ الاقوى هو الثانى لوجود مقتضي الصحة وعدم المانع الشرعى والعقلى. واليک نصّه:

أمّا الاولّ (وهو وجود المقتضى) فهو إطلاقات حلّ البيع و أدلّة سائر المعاملات إذ العلم بخصوصيّة الطّرفين لم يؤخذ فى حقيقة البيع و سائر عناوين المعاملات لا لغة و لا عرفا.

و أمّا الثّانى (وهو عدم المانع) فلانّه إمّا أن يكون شرعيّا بأن دلّ دليل شرعيّ على اعتباره و إمّا أن يكون غيره و الاولّ منتف و هو واضح. و أمّا الثّانى فهو منحصر فى استلزام عدم التّعيين عدم قصد المعاوضة[2].

اقول: و فيه: أنّه لا منشأ لتوهم ذلک إلا لزوم التّناقض بين قصدها و بين قصد الخصوصيّة و هو منتف فيما إذا قصدها و عقد بلفظ خاصّ عن لفظ له ظهور فى إرادة الخصوصيّة أو مشتمل عليه و لكن مع نصب القرينة على إرادة الاعمّ الشّامل للخاصّ و غيره أو علم أنّه أراد منه خصوص المخاطب و لكن بطور الخطاء فى التّطبيق لا بطور التّقييد.

ثم جاء الشيخ بتاييد من التذكرة لترجيح القول الاول ونحن ناتى بكلام التذكرة فانّه قال:

لو باع الفضولى أو إشترى مع جهل الاخر، فإشكال، ينشأ من أنّ الاخر إنّما قصد

---

١ ـ *المكاسب* ٣: ٣٠٣

٢ ـ *هداية الطالب الى اسرار المكاسب* ٢: ٤٤٤

تمليک العاقد. وهذا الاشكال وإن كان ضعيفاً مخالفاً للاجماع والسيرة، الا أنّه مبنيّ على ما ذكرنا من مراعاة ظاهر الكلام[١].

وقال الشيخ:

وقد يقال في الفرق بين البيع وشبهه وبين النكاح: انّ الزوجين في النكاح كالعوضين في سائر العقود، ويختلف الاغراض بإختلافهما، فلابدّ من التعيين وتوارد الايجاب والقبول على أمر واحد[٢].

وردّ عليه الايرواني نقضياً بقوله:

فهو بمعزل عن المقصود؛ فانّا نفرض معرفة الزوجين ومع ذلک نبحث عن انّه هل يجوزمخاطبة الوكيل بمثل «أنكحتک»، كما يجوز في البيع.

هذا، مع منع وجوب معرفة الزوج وإنما ذكروا وجوب تعيين الزوجة.

والتحقيق في الفرق، أن يقال: إنّ للبيع والشراء إطلاقين؛ أحدهما: إطلاقه على التمليک والتملک الحقيقي القائم بالمالكين والاخر إطلاقه على التمليک والتملّک الانشائي وهو بالمعنى الاول كالنكاح لايطلق ولايخاطب به الا المالک الحقيقي وبالمعنى الثاني يطلق على المنشأ للصيغة ويخاطب به القابل للبيع.

وامّا النكاح فليس له سوى إطلاق واحد ولا يطلق على إنشاء النكاح انّه نكاح. فمن هنا أتى الفرق في المقام وجازمخاطبة الوكيل بقوله: «بعتک» ولم يجز مخاطبته بقوله: «أنكحتک»، فلو اريد من البيع أيضاً إطلاقه الاوّل لم يجز به مخاطبة الوكيل، فالبيع بحقيقته حاصل بين الوكلاء فكان الخطاب وكاف الخطاب جارياًعلى حقيقته بلا توسّع، بل لولاه، أمكن المناقشة في جواز التوسّع في الكاف بإرادة المخاطب بالاعمّ من وجوده الشخصي الحقيقي والتوسّعي

---

١ ـ *تذكرة الفقهاء* ١٠ : ١٧

٢ ـ *المكاسب* ٣ : ٣٠٤

التنزيلي وبما انّه وكيل[١].

وفيه: انّ هذا خلاف الظاهر من قصد الواقعي للمتبايعين.

وقال الطباطبائي:

وكيف كان، فقد بان انّ ما قيل في الفرق بين النكاح و شبهه و بين البيع ونحوه، صحيح و واف بتمام المدّعى؛ إذ غرضه من النكاح المثال لكلّ ما يكون كذلك من حيث كون من له المعاملة ممّن يختلف باختلافه الرغبات ويكون كالعوضين في البيع[٢].

وقال الشيخ:

ويرد على الوجه الاوّل من وجهي الفرق: أنّ كون الزوجين كالعوضين إنما يصحّ وجهاً لوجوب التعيين في النكاح، لا لعدم وجوبه في البيع؛ مع أنّ الظاهر إنّ ما ذكرنا من الوقف وإخوته كالنكاح في عدم جواز قصد القابل القبول فيها على وجه النيابة أو الفضولي، فلابدّ من وجه مطّرد في الكلّ[٣].

والعجب من الشيخ حيث ما التفت الى كون دليل وجوب التعيين في النكاح يكون تمام المدار والملاک للحكم وبالطبع يكون عدم وجوده في سائر العقود مثل البيع دليلاً على عدم وجوبه فيه فلذا ردّ عليه الشهيدي بقوله:

لكنّه كما ترى إذ كلامه يدلّ على أنّ المدار في ركنيّة شيء و عدمه على اختلاف الاغراض باختلافه و عدمه و لا ريب أنّ البائع و المشتري لا يختلف الاغراض باختلافهما فليسا بركنين في البيع. وايضاً يرد عليه بانّ الاصل عدم احتياج البيع الى التعيين ووجوبه في النكاح بدليل خاصّ الذي هو مفقود في

---

١ ـ *حاشية المكاسب* للايرواني : ١٠٩

٢ ـ *حاشية المكاسب* للطباطبائي ٢ : ١٠٩

٣ ـ *المكاسب* ٣ : ٣٠٤

هيهنا[١].

ولذا ردّ عليه الايروانى بقوله:

عدم وجوبه فى البيع لا يحتاج إلى دليل؛ فانّه مقتضى إطلاق أدلّة صحّة المعاملات، وإنما المحتاج إلى الدليل وجوبه فى النكاح وقد إعترف بأنّ الوجه المذكور يصلح له[٢].

قال الشهيدى:

ولانّ معنى قوله: «بعتک كذا بكذا» رضاه بكونه مشترياً يعنى جعلتک مشترياً ـ اى ايّاک بالعنوان الخاص وكيلاًكان اومالكاً[٣].

ولكن ردّ عليه الطباطبائى بقوله:

قد عرفت انّ إثبات هذا هو العمدة بحسب ماعرفت[٤]

قال صاحب المقابس ، (عدم اطلاق الزوج) و لان معنى قوله بعتک كذا بكذا رضاه بكونه مشتريا للمال المبيع و المشترى يطلق على المالک و وكيله و معنى قولها زوّجتک نفسى بكذا رضائها بكونه زوجا لها و الزوج لا يطلق على وكيله و هو ظاهر و منه ينكشف الوجه فى الصور كلّها[٥].

وتبعه الشيخ فقال:

ومعنى قولها: «زوجتک نفسي» رضاها بكونه زوجاً، والزوج لا يطلق على الوكيل [٦].

---

١ ـ *هداية الطالب الى اسرار المكاسب*

٢ ـ *حاشية المكاسب* للايروانى٢ : ١٠٩

٣ ـ *هداية الطالب الى اسرار المكاسب*

٤ ـ *حاشية المكاسب* للطباطبائى ٢ : ١١٨

٥ ـ *المقابس* : ١١٥

٦ ـ *المكاسب* ٣ : ٣٠٤

قال النائينى فى (منيةالطالب) فى ردّ تعليل الشيخ للتفصيل بالفرق بين الاطلاقين وحمل قوله فى آخر كلامه «فتامل» عليه وابدء وجهاً آخر للتفصيل واليک نصّه:

والحقّ: هوالتفصيل، لكن لا للفرق بين الاطلاقين كما(سيشير) إليه المصنف بقوله: «فتأمّل»، بل لانّ مالم يعتبر فيه أن يكون شخصاً خاصّاً صحّ مخاطبته بما انّه هو، أوبماأنه وكيل، لا بمعنى أن كاف الخطاب وضع فى البيع ونحوه للاعمّ؛ فإنّه باطل، (كما مرّ) بل بمعنى أنّه فى البيع يتعارف تنزيل الغيرمنزلة المخاطب؛ فلوعلم بالوكالة نزّل الوكيل منزلة نفس الموكّل فيخاطبه بقوله: «بعتک بما أنت موكلک.» وأمّا لويعلم بها فيخاطبه بقوله: «بعتک بما أنت أنت.» وهذا بخلاف باب النكاح؛ فانّه لايتعارف فيه ذلک، فمع أنّ المخاطب فى كلتا الصورتين هو العاقد يختلف كيفية الخطاب اعتباراً[١].

اقول: ومبنى هذا التفصيل يكون على تعارف اعتباركون العاقد شخصاً خاصّاً وعدمه. وتبعه على ذلک صاحب كتاب البيع

قال الشيخ:

وعلى الوجه الثاني: إن معنى «بعتک» فى لغة العرب ـ كما نصّ عليه فخر المحققين وغيره هو ملّكتک بعوض، و معناه جعل المخاطب مالكاً [٢]

قال الطباطبائى:

و من المعلوم أن المالک لا يصدق على الولى والوكيل والفضولى. ـ ومعه لا يمكن قصد المعاوضة الحقيقيّة ـ و الشيخ انكركون عنوان المشترى صادق على الوكيل حقيقة[٣].

---

١ ـ *منية الطالب* ١ : ٣٧٨

٢- *المكاسب* ٣ : ٣٠٥

٣ ـ *حاشية المكاسب* للطباطبائى ٢ : ٢١٣

وردّ عليه الشهيدى تبعاً لردّه الاول فقال:

و من هنا ظهر الجواب عن الايراد الثّانى الّذى حاصله اختصاص الوجه المذكور بالنّكاح و عدم جريانه فى غيره ممّا لا بدّ من التّعيين فيه عند الاطلاق أيضا مثل الوصيّة و الوقف و الهبة فيكون أخصّ من المدّعى[1].

قال الايروانى:

هذا ممنوع، بل معنى البيع: جعل الطرف المقابل ملقياً للمبيع ومتملّكاً له بالاعمّ من أن يكون متملكاً له لنفسه أو لغيره[2].

قال الشيخ فى ترجيح القول الثانى:

فالاولى في الفرق: ما ذكرنا من أنّ الغالب فى البيع و الاجارة هو قصد المخاطب لا من حيث هو، بل بالاعتبار الاعمّ من كونه أصالة أو عن الغير، ولا ينافى ذلک عدم سماع قول المشترى فى دعوى كونه غير أصيل[3].

والعجب من الشهيدى لتناقضه في تفسير الغالب حيث جعل المخاطب هو بعنوانه العامّ لكونه مالكا ولكونه وكيلا أعنى منه عنوان المسلّط على المال فى مقام المعاملة وفى كون الغالب فى البيع والاجارة قصد المتكلم بعنوانه الخاصّ بقوله:

إلا أنّ الغالب فيه قصد المتكلّم بعنوانه الخاصّ و كونه أصيلا فحينئذ يكون دعوى المشترى عدم الاصالة على خلاف الظّاهر النّاشى من الغلبة فلا تسمع[4].

وردّ عليه الطباطبائى بقوله:

(ولكن) قد عرفت: انّ عمدة الاشكال انّه هل يجوز إيقاع المعاملة مع عدم تعيين

---

١ ـ *هداية الطالب الى اسرار المكاسب* ٢ : ٤٤٥

٢ ـ *حاشية المكاسب* للايرواني : ١١٠

٣ ـ *المكاسب* ٣ : ٣٠٥

٤ ـ *هداية الطالب الى اسرار المكاسب* ٢ : ٤٤٥

من له المعاملة بقصد كلّ من الطرفين للطرف الاخر بالعنوان الاعمّ أم لا؟ وانّ الفارق بين مثل البيع و مثل النكاح أيّ شيء؟

ومن ذلک ظهر: انّ المصنف خلط بين الموضعين و لم ينقّح حكم المسألة والتحقيق: ما ذكرنا فتدبّر[1].

وردّ على عدم المنافاة الطباطبائی ـ كما هو الحقّ ـ بقوله:

(يمكن ان يقال:) انّه إذا كان الغالب في مثل البيع ما ذكر من قصد المخاطب بالعنوان الاعمّ، فظهور إرادة المشترى الخصوصية يكون ملغى، ومع ذلک فلا وجه لمراعاته في مقام التنازع وعدم سماع دعوى المشترى من جهته، فالمنافاة بين هذا الوجه وعدم سماع قول المشترى حاصلة ولا وجه لمنعها فتدبّر[2].

ولكن قبل النائينى فى (المكاسب والبيع) ووجّهه بأنّه لا واقع لدعوى المشترى لانّ المشترى على ایّ حال هو الملتزم فلا يقبل منه ـ وصاحب حاشية البيع والخيارات تبعه عليه ـ واليک نصّه:

و ذلک لانّ فی سماع كلّ دعوى يعتبران يكون لها واقع، وأن يكون لواقعه اثريترتب عليه عند ثبوته، والشرط الاول منتف في هذه الدعوى؛ اذ المفروض تحقق الالتزام العقدی منه في العقد والعلم بكونه وكيلاً عن الغير لا ينفع فی إرجاع الالتزام إليه بعد أنّه لم يلتزم عنه وما اسند الالتزام إليه، فضلاًعن دعواه، فالموجب حينئذ يأخذ القابل فيما الزمه من دفع المبيع إليه واخذ الثمن منه واخذ ارش العيب عنه لو ظهر عيب في الثمن، وليس له مطالبة الموكل بوجه اصلاً؛ لانّه ليس طرف التزامه.

نعم، القابل إذا كان قابلاً عن موكّله يجب عليه ترتيب أثر البيع على موكّله، فيدفع هونفسه كلّما يلزمه بالعقد، ثمّ يرجع إلى موكّله فيما دفع، فيدفع المبيع

---

۱ ـ *حاشية المكاسب* للطباطبائی ۲ : ۳۷

۲ ـ *السابق*

إليه. وهذا الذى ذكرناه يتمّ فى الوكيل المفوّض كالوكيل فى القراض ولا يجرى فى الوكيل فى إجراء الصيغة، لوادّعى كونه وكيلاً، كمالا يخفى[١].

واستدرک منه النائينى فى (منية الطالب) بقوله:

نعم، لو كان كاف الخطاب موضوعاً للاعمّ لكان سماع الدعوى منه فى غاية الوضوح؛ لانّ ظهور الاطلاق فى كونه هوالاصيل لاينافى سماع الدعوى منه؛ فانّ مورد سماع الدعوى هو: كون الاثر على المدّعى به مع كونها مخالفة للاصل أو الظاهر، فمع الالتزام بكون الكاف موضوعاً للاعمّ لاوجه لعدم سماع قول من يدّعى الوكالة، و لعلّ قوله: «فتأمّل» إشارة إلى ذلک[٢].

ووجّه الايروانى عدم المنافاة فى كلام الشيخ وردّه بقوله فى الاخر:

لعلّ وجه عدم المنافاة هو: ان الحمل على إرادة نفسه لايحتاج إلى ظهور كلامه فى كونه هو المراد، بل يكفى عدم الظهور فى إرادة غيره، فيحمل على انّه هو المراد ولا يسمع دعواه بعد ذلک ان غيره كان مراداً.

والوجه فيه: ان إرادة الغير يحتاج إلى التنبيه والبيان، فيكفى عدم البيان فى تعيّن إرادة النفس.

لكن يردّه: انّ نفس عدم البيان حينئذ يكون قرينة موجبة لظهور الكلام فى إرادة نفسه ولانحتاج فى الظهور إلى أزيد ممّا كان بقرينة الحكمة، فلا يكون حينئذ فرق بين النكاح والبيع فى الظهور فى إرادة المخاطب ولعلّه إلى ذلک أشار بالامر بالتأمل[٣].

قال فى الحاشية على البيع و الخيارات ـ فى ردّ قول الشيخ ـ :

و لكن الانصاف أنه إذا علم أن المخاطب (بالكسر) إنما خاطبه بما هو أعم من

---

١ ـ *المكاسب والبيع* ١ : ٤١٨

٢ ـ منية *الطالب* ١ : ٣٧٨

٣ ـ حاشية *المكاسب* للايروانى : ١١٠

كونه أصيلا، و الفرض عدم الحاجة إلى التعيين، فلا يعتد بهذا الظهور.

و كيف يكون هذا الظهور حجة للمخاطب على المخاطب (بالفتح)، مع كون المخاطب لم يقصده بالخطاب بما أنه أصيل، بل بما هو أعم من ذلک، فلا بد أن يكون المخاطب هو المرجع فی تعيين كونه وكيلا أو أصيلا، فلا يعلم ذلک إلا من قبله، فلا بد أن يكون القول قوله، مع أنه مسلم أنه لا يسمع منه ذلک بمجرد دعواه، فتحصل أن رجوع الالتزام إلى نفسه هو بنفس التزامه، بخلاف رجوعه إلى غيره، فلا محالة لو ادعى انه لغيره مع عدم الصارف لا يسمع منه ذلک، و المفروض أن المخاطب لم يقصده بما هو أعم، بل إنما قصده بنفسه، و أنه هو الملتزم حقيقة، و هذه هی نقطة الاشكال فی حجية ظهور أنه لنفسه، فمع قصد الاعمية لا يمكن أن يكون للقاصد حجة بخلاف ما قلناه، فإن المفروض أنه لم يقصده إلا بنفسه، و بما أنه هو الملتزم[1].

قال الشيخ:

بخلاف النكاح وما اشبهه؛ فإنّ الغالب قصد المتكلم للمخاطب من حيث انّه ركن للعقد[2].

وترقّ الشيخ عمّا قبله و منع ما يستفاد منه أعنی صحّة قصد المتكلّم المخاطب باعتبار عنوان كونه وكيلا عن الزّوج و لو نادرا بقوله:

بل ربّما يستشكل فی صحّة أن يراد من القرينة المخاطب من حيث قيامه مقام الاصيل، كما لو قال: «زوّجتک» مريداً له بإعتبار كونه وكيلاً عن الزوج، وكذا قوله: «وقفت عليک» و «أوصيت لک» و«وكّلتک»[3].

وردّ عليه الطباطبائی فقال:

---

١ ـ *الحاشية على البيع و الخيارات* ١ : ١٠٧

٢ ـ *المكاسب* ٣ : ٣٠٥

٣ ـ *السابق*

انّ مقتضى القاعدة صحّته في النكاح أيضاً، مع نصب القرينة على إرادة المخاطب من حيث قيامه مقام الموكّل، فلا وجه لما ذكره في قوله: «بل ربّما يستشكل. الخ»

نعم، مع عدم نصب القرينة انما يجوز في البيع، ولا يجوز في النكاح؛ للتعارف في الاول وعدمه في الثاني فتدبر[1].

وابداء الشيخ وجهاً آخر للفرق بين البيع والنكاح و حاصله: التفرقة بالتعارف وعدمه المؤذن بجوازالتعبير بكاف الخطاب حتى في النكاح. نعم، هو على خلاف المتعارف.

واليك نصّه:

ولعلّ الوجه عدم تعارف صدق هذه العنوانات على الوكيل فيها ـ صدقاً مجازياً متعارفاً، وأنّ هذا المقدار يكفي في جواز الاستعمال المذكور ـ فلايقال للوكيل: الزوج، ولا الموقوف عليه، ولا الموصى له، ولا الوكيل، بخلاف البائع والمستأجر، فتأمّل؛ حتى لا يتوهم رجوعه إلى ما ذكرنا سابقاً واعترضنا عليه[2].

وردّ الايرواني هذا الفرق بقوله:

يدفعه: انّ هذا ليس بياناً للفارق؛ بل تسوية لحكم المقامين، مع أنّه في ذيل كلامه إلتزم بعدم الجواز لعدم إطلاق عنوان الزوج في المتعارف على الوكيل وإطلاق المشتري عليه، وهذا راجع إلى الفرق الذي نقله أولاً، ثمّ ردّه.

نعم، قيّد عدم إطلاق الزوج على الوكيل بالمتعارف وهذا التقييد غير موجود في الفرق الذي نقله.

ولعلّه إلى هذا الجزئي من الفرق أشاربقوله: «فتأمّل حتى لايتوهّم رجوعه إلى ما ذكرنا سابقاً و إعترضنا عليه.»[3].

---

١ ـ *حاشية المكاسب* للطباطبائي ٢ : ٣٧

٢ ـ *المكاسب* ٣ : ٣٠٥

٣ ـ *حاشية المكاسب* للايرواني ٢ : ١٧٩

و صاحب كتاب البيع بعد ان ايّد كلام الشيخ فی جعل المعيار والملاک التعارف لدی العقلاء وعدمه استشكل على الشيخ بقوله:

نعم، يمكن المناقشة فی تعارفه فی البيع بأن يقال: إن المتعارف فی المعاملات التخاطب مع طرف المخاطبة بخصوصيته؛ لان أمارية اليد على ملكية ذی اليد، توجب الغفلة عن احتمال كون ما فی يده لغيره، كالموكل والموصی، وعلى فرض الاحتمال لا يعتنی به العقلاء، ولازم التعارف المدعی سقوط اليد عن الاعتبار وأمارية الملكية، وهو كما تری. مع أن وجدان كل شخص، يشهد بأنه لدی المبايعة والمعاملة لا ينقدح فی ذهنه التخاطب على الوجه الاعم، الذی ادعاه الشيخ الاعظم، لو فرضت صحته ثبوتا، فبقی الاشكال بحاله.

وردّه بقوله:

إلا أن يقال: إن الغرض فی باب البيع ونحوه لما لم يتعلق إلا بمبادلة العينين، أو العين بالثمن ولو فی الكليات، لا يكون الخطاب منظورا إليه بالخصوص ولو ارتكازا، ويكون المراد التعاطی والتقابل بين العوضين فی المعاطاة وغيرها، من غير نظر إلى خصوصية المخاطب. ومع ذلک فالمسألة محل إشكال، ولا سيما فی الكليات؛ حيث لا تتعين إلا بالاضافة إلى الذمم[1].

ثم نقض حكم تعارف النكاح فی معرفة الزوجين بتعارف طلب العلم باحوال الشخصية مع عدم الحكم بوجوبه لصحة النكاح فقال:

عدم التعارف لا يوجب انصراف الادلة؛ فإن المتعارف فی النكاح التفتيش عن حالها، وحال طائفتها، وجمالها، وثروتها... إلى غير ذلک؛ مما لا يمكن الالتزام ببطلانه مع عدم المعرفة بها[2].

بناء على ما مر فيتضح لک حكم الفرعين:

---

۱ ـ *كتاب البيع* ۲ : ٤۹

۲ ـ *البيع* ۲ : ٤۹

فرع (١): اذا وجّه الانشاء الى المخاطب وقصد الاعم

قال فى مصباح الفقاهة :

توجيه الانشاء إلى المخاطب والعلم من الخارج عدم إرادة خصوص المخاطب لكل من المتعاملين، كما هو الحال فى غالب البيوع والاجارات ونحوها وقبوله لغيره مع عدم علم الموجب لذلک أو اسناد الايجاب إلى نفسه فى ظاهر الكلام وقصد وقوعه عن غيره مع عدم علم القابل لذلک. ففى مثل ذلک لا يعتبر علم كل من الطرفين لمن يقع له العقد واقعا، فلو قال: بعتک هذه الدار بكذا ثم انكشف أن المشترى كان وكيلا لم يضر ذلک بالتطابق وبصحة العقد[١].

فرع (٢): اذا وجّه الانشاء الى المخاطب ولم يعلم قصده

الظاهر: ان البيع لايقع لمن وجه اليه الخطاب وتوجيه الخطاب ذاتاً لا يدلّ على امر وان كان يستظهر منه قصده وانما البيع يقع لمن قصد له البيع هذا هو ما وعدناه من استدراكنا لثمرة توجيه الخطاب بقوله:

هل يجوز توجيه الانشاء إلى المخاطب وعدم العلم من الخارج، لارادة الخصوصية ولا إرادة عدمها، فالظاهر فى هذه الصورة أنه لا بد من الاعتبار، كما اختاره المصنف قدس سره، وذلک لعدم احراز التطابق المعتبر فى صحة العقد فيما إذا قصد المخاطب شخصا آخر مع عدم اعلام ذلک لطرف العقد، فإذا لم يعلم أن الموجب مثلا قصد تمليک ماله للاعم من المخاطب وغيره لم يجز للمخاطب قبول التمليک لغيره. مع عدم علم الموجب لذلک أو اسناد الايجاب إلى نفسه فى ظاهر الكلام وقصد وقوعه عن غيره مع عدم علم القابل لذلک[٢].

اقول: وهو كما ترى حكم ببطلان البيع عند عدم العلم بتطابق قصد المتبايعين.

---

١ ـ *مصباح الفقاهة* ٣ : ٢٨١

٢ ـ *السابق*

واسّس الاصل فى نهج الفقاهة بقوله:

إذا جاز توجيه الخطاب إلى غير من له العقد وتردد بين أن يكون الانشاء للايجاب أو القبول أصالة عن نفس الموجب أو عن غيره ولاية عليه أو وكالة عنه أو فضولا فالظاهر يقتضى الاول فإذا قال زيد لعمرو: بعتک منا من حنطة بمنين من أرز، بنى على اشتغال ذمة زيد بمن الحنطة؟ لعمرو، واشتغال ذمة عمرو بمنين من الارز لزيد، إلا أن تقوم الحجة على خلاف ذلک[1].

وتنص المادة ١٩٦ بانه:

تقع المعاملة لمن يعامل الا ان يصرح بخلافه حين العقد او يثبت خلافه بعد[2].

وهذه المادة تدل اولا على ترجيح ارادة الباطنية على الارادة الظاهرية فبناء عليها ان كان مفاد الارادة الظاهرية حاكيا عن وقوع العقد لنفسه ثم ظهر ان الارادة الباطنية

ايقاع العقد لوكيله فهذا القصد الباطنى يرجح على اعلامه والعقد يتبعه وثانيا يؤسس المادة اصلا لموارد الشک وهو التطابق بين موقع صيغة العقد والماللک الاصلى.

---

١ ـ *نهج الفقاهة* : ١٨٨

٢ ـ *مجموعه كامل قوانين ومقررات حقوقى* : ٥٩

تخلف العقد عن القصد

ان الاعلام بحثوا عن هذا العنوان ذيل قاعدة العقود تابعة للقصود وكما قلنا فى الفصل الاول من الكتاب ان المبحوث فى هذا الكتاب هو المقدار اللازم والواجب من القصد فى العقود يعنى يجب فى العقد باى مقدار من القصد وفى هذه القاعدة نبحث عن ان القصد باي مقدار يجب ان نتبعه والجمع بين لزوم القصد فى العقد وبين البحث عن القاعدة هو: انا نبحث فى هذا الكتاب عن القصد بعنوان الشرط اللازم لتحقق العقد وفى القاعدة نبحث عما زاد على تحقق العقد. يعنى القاعدة العقود تابعة للقصود تدل على ان جميع مراتب القصد فى العقد يجب اتباعه ولذا قلنا فى اول الكتاب بعدم كونه نتاجا لادلة لزوم القصد فى العقد خلافا للقوم.

وعلى اى حال توجد موارد لنقض هذه القاعدة فى الفقه بعنوان موارد تخلف العقد عن القصد والبحث عن كلاهما يعنى قاعدة العقود تابعة للقصود وموارد تخلفه موكول الى كتابنا الآخر ولا يسعه هذه الرسالة وهيهنا نكتفى بمقدار الضرورة والاجمال فنقول:

يستنبط من فحوى كلام الشيخ فى استثنائه من قاعدة تبعية العقود للقصود انّ عموم هذه القاعدة لا يتمسک به فى موارد الشکّ فانه قال:

إن تخلف العقد عن مقصود المتبايعين كثير[١].

وقال النائينى (المكاسب والبيع) فى توضيحه:

إنما كان التعبير المذكور جريا على عبارة شرح القواعد، وإلا فالتعليل الذى ذكره فى قوله: فإن تبعية العقد للقصد. الخ لا يختص بالعقود، بل يطرد فى جميع الاسباب الانشائية من غير فرق بين العقود والايقاعات وغيرهما[٢].

وردّ عليه الايروانى بقوله:

اولاً: (كثرته) لا يضر في التمسک بالعموم فيما عدا ما ثبت فيه التخلف، إلا أن يبلغ كثرة التخصيص إلى حد يوهن به العموم، لكن هذه الموارد التى أشار إليها المصنف موارد معدودة[٣].

واما موارد النقض التى صرّح به الشيخ ردّ المحشين على الشيخ ورود هذه النقوض، فقال الايروانى:

أنا نمنع تخلف العقد فيها عن القصد[٤].

فعلى اى حال نذكر الموارد المذكورة للنقض فى كلام الشيخ اجمالا:

١ ـ إفادة العقد الفاسد الضمان

٢ ـ الشرط الفاسد

٣ ـ بيع ما يملک وما لا يملک

٤ ـ بيع الغاصب لنفسه يقع للمالک مع إجازته

٥ ـ ترک ذكر الاجل فى العقد المقصود به الانقطاع يجعله دائماً

---

١ ـ *المكاسب* ٣ : ٤٧

٢ ـ *المكاسب والبيع* ١ : ٢٧٧

٣ ـ *حاشية المكاسب* للايروانى ٢ : ٥١

٤ ـ *السابق* ٢ : ٥٢

٦ ـ ضمان تلف المبيع قبل قبضه

٧ ـ المعاطاة

والشيخ لا يسلم نقض القاعدة بالمعاطاة

فلذا عبر بان: من موارد التى قيل بخروجه عن قاعدة التبعية حكم المشهور فى المعاطاة

٨ ـ بيع الصرف والسلم

و اضاف الطباطبائى النقض الاخر بقوله:

كان الاولى للشيخ: أن يذكر من جملة الموارد بيع الصرف والسلم، فإن الشارع حكم فيهما بالنقل من حين القبض، مع أن مقصود المتبايعين النقل من حين البيع، فتدبر.[1]

٩ ـ عقد المكره

وقد نوقضت أيضا بعقد المكره بعد لحوق الرضا فإن المشهور بين المتأخرين انه لو رضى المكره بما فعله صح العقد، بل عن الرياض تبعا للحدائق ان عليه اتفاقهم، مع أن المكره غير قاصد لمضمون العقد والرضا اللاحق ليس عقدا جديداً، فما وقع لم يقصده.

وبعبارة أخرى: المكره كالهازل قاصد للفظ دون المعنى، فكيف يصح عقده بلحوق الرضا، مع أنه لا يصح عقد الهازل وان رضى بعد ذلك وأجاز.

١٠ ـ بيع الغاصب وهو وحده المورد الخاص من نقض القاعدة مصداقا لانه من اقسام عدم قصد المالكين (وهى صورة تشخّص العوضين) فيتولّد صورتان

١ ـ ان لا يقصد قصدا خاصا يعنى قصد وقوع العقد للغير.

٢ ـ ان يقصد قصد الخلاف وهو قصد وقوع العقد للغير. يعنى بيع الغاصب ويجىء فى كتابنا تحت عنوان موارد تخلف العقد عن القصد.

---

١ ـ *حاشية المكاسب* للطباطبائى ٢ : ٣٤٩

تذنيبان

ادعاء قصد خلاف ما دل عليه الفاظ العقد

يكون محل البحث اذا ادعى احدهما عدم القصد غير متصل بالصيغة وقبل قبول الطرف المقابل والا مع الاتصال فيقبل ادعاء عدم القصد وبعد قبول الطرف المقابل لا يبقى موضوع لعدم القصد فنقول ينقسم هذا الادعاء الى القسمين:

ا. ادعاء عدم القصد مع فقد القرينة

وفى هذا القسم للامامية ثلاثة اقوال:

١ ـ عدم القبول مطلقاً وهو قول الشهيد الثانى فى المسالک كما قلنا مراراً اذا ادعى العاقد قصداً خلاف ما يفهم عرفاً من الالفاظ فالمتبع هو اللفظ او اىّ كاشف عرفىّ آخر مثل الكتابة الا ان يثبته ببينة او ادلة اخرى التى فى الحقيقة هى ايضاً دوال على القصد وطبعاً يكون التعارض بين الدوالّ والكواشف والقرائن الحالية والمقالية و لا تعبد فى البين والهدف الاساسى انكشاف قصد المتعاقدين بطرق عرفيّة. واليک نصّ عبارة النراقي:

> أن المعتبر ـ كما عرفت ـ و إن كان هو القصد، و يتعذر الاطلاع العلمى عليه غالبا، إلاّ أن الشارع أقام الألفاظ الظاهرة فيه الدالة عليه بالظهور قائمة مقام العلم، بالإجماع القطعى، بل الضرورة الدينية.

و على هذا: و إن كان الأصل عدم ترتب الأثر إلاّ مع العلم بقصد ذلک الأثر، إلاّ أنه يكتفى بما هو ظاهر فيه من الألفاظ إجماعا قطعيا.

فإذا قال: بعتک هذا بدرهم، و ادعى قصد نقل الملک فى مدة خاصة إبطالا للبيع، لم تسمع دعواه بمجردها و إن كان الأصل عدم الانتقال، إلاّ أن تكون هناک قرينة حاليّة أو مقالية مصدقة لدعواه، فيبطل البيع، لعدم الإجماع على الحكم بالصحة و قصد الصحيح حينئذ[١].

الظاهر من عبارته عدم الفرق بين البيع وغيره مثل الطلاق

٢ ـ القبول فى الطلاق مطلقاً وهو قول الاكثر مثل الشيخ والمحقق الحلى

٣ ـ القبول مطلقاً ـ فى الطلاق وغيره ـ اذا صادقته المراة او المالک الآخر.

اما القول الثالث فيظهر اتفاق الامامية عليه. قال فى الجواهر:

لا خلاف أجده فى قبول دعواه إذا صادقته، لأن الحق منحصر فيهما، بل ظاهرهم ذلک حتى مع انقضاء العدة، لكن قد يظهر من بعضهم فى كتاب الشهادات العدم باعتبار تعلق حق الله تعالى شأنه، فمع فرض صدور ما يحكم به بظاهر الشرع على الصادر منه لا تجدى المصادقة المزبورة التى تنفع مع انحصار الحق، وكذا الكلام فى الحرية أيضا. ثم إن الظاهر عدم الفرق فى الحكم المزبور بين الاقتصار على دعوى عدم القصد وإضافة الهزل أو الغلط أو السهو أو نحو ذلک، نعم قد سمعت سابقا ما حكيناه عن الشهيد من الفرق بين دعوى الاكراه مع القرينة وعدمها وبين دعوى المريض عدم القصد أو الاختلال، ولا يخفى عليک ما فيه[٢].

ومن هذا الاستدلال يظهر انه يشترک مع الطلاق غيره من العقود فى الحكم اذا صادقه الطرف المقابل.

---

١ ـ *عوائد الايام* : ٦٦

٢ ـ *جواهر الكلام* ٣٢ : ١٧

واما القول الاول والثانى فلتحقيق الحال ناتى بكلمات الاعلام: قال الشريف مرتضى:

فإن قيل: فما تقولون فيمن تلفظ بالطلاق ثم مات ولم يدر هل نوى أو لم ينو؟ قلنا: إذا سمعنا تلفظه بالطلاق ولا إكراه ولا أمارة لنفى الاختيار فالظاهر أنه وقع عن إيثار ونية. وإنما يخرج عن هذا الظاهر إذا قال لنا: ما نويت الطلاق وأنكر النية ودفعها. فأما إذا مات عقيب القول فهو مطلق على الظاهر محكوم عليه فى الشريعة بالفرقة.

ثم اورد اشكالاً واجاب عنه بقوله: فإن قيل: فيجب إذا سمعنا متلفظا بالطلاق على الشرائط التى يقترحونها إذا ادعى أنه لم ينو الطلاق بقلبه أن نصدقه! قلنا كذلك نقول، فإن كان صادقا فيما قال فلا تبعة عليه وإن كان كاذبا فى نفى النية فقد أثم وحرج، وعلى الظاهر أنه لم يطلق كما لو طلق سرا من كل أحد ولم يقف على حاله سواه فإنه يكون مطلقا فيما بينه وبين الله تعالى وعلى الظاهر غير مطلق[1].

قال الشيخ فى الخلاف مسألة ١٩:

لو قال لها: أنت طالق، ثم قال: أردت أن أقول أنت طاهر، أو أنت فاضلة، أو قال: طلقتك، ثم قال: أردت أن أقول أمسكتك، فسبق لسانى فقلت طلقتك، قبل منه فى الحكم، وفيما بينه وبين الله. وقال الشافعى، وأبو حنيفة، ومالك، وجميع الفقهاء: لا يقبل منه فى الحكم الظاهر، ويقبل منه فيما بينه وبين الله.

دليلنا: إجماع الفرقة، وأيضا: فإن اللفظ إنما يكون مفيدا لما وضع له فى اللغة بالقصد والنية، فإذا قال: لم أنوه، قبل قوله ورجع إليه، لأنه ليس على وجوب نفاذه دليل. وأيضا قوله صلى الله عليه وآله: (الأعمال بالنيات. وإنما لكل امرئ

---

١ ـ *الانتصار* : ٣٠٤

ما نوى) دليل على ذلک[١].

فانه وان كان بعض امثلته فی اول كلامه فی ما فيه قرينة ولكن يظهرمن آخر كلامه واستدلاله ان حكمه يشمل فی ما لا قرينة فيه.

وهذا الحكم ياتي فی العتق ايضاً كما قال العلامة الحلی فی إرشاد الأذهان:

ولو قال: يا حرة عتقت، فإن قال: قصدت نداءها باسمها القديم أو الصفة قبل[٢].

وفصل المحقق الحلی فی شرايع الاسلام:

لو أوقع وقال: لم أقصد الطلاق قبل منه ظاهرا، ودين بنيته باطنا وإن تأخر تفسيره، ما لم تخرج من العدة، لأنه إخبار عن نيته[٣].

قال فی الجواهر:

وفاقا لما صرح به الشيخ فی المحكی من مبسوطه وخلافه وغيره، بل فی المسالک نسبته إلی الأكثر، بل عن ظاهر المبسوط وصريح الخلاف الاجماع، علی ذلک (لأنه إخبار عن نيته) التی لم تعلم إلا من قبله، ومقتضی الأصل عدمها، وإنما حكم بها قبل التفسير اعتمادا علی ظاهر حال العاقل المختار المعلوم حجيته فی ذلک ما لم تصدر الدعوی منه بما ينافيه[٤].

وهذا هو قول الشهيد الثاني فی شرح اللمعة ايضاً:

ويصدق (المطلق) فی عدم القصد لو ادعاه ما لم تخرج العدة الرجعية، ولا يقبل في غيرها، إلا مع اتصال الدعوی بالصيغة، وأطلق جماعة من الأصحاب قبول قوله في العدة من غير تفصيل[٥].

---

١ ـ *الخلاف* ٤ : ٤٦١

٢ ـ *إرشاد الأذهان* ٢ : ٦٦

٣ ـ *شرائع الإسلام* ٣ : ٥٨٠

٤ ـ *الجواهر* ٣٢ : ٢٠

٥ ـ *شرح اللمعة* ٦ : ٢٢

ولكن وجه الشهيد الثاني في مسالک الأفهام كلام الشرائع بوجه يسقطه من كونه تفصيلاً واليک نصه:

هل يقبل دعوى سبق اللسان؟ ظاهر العبارة (اي عبارة الشرايع) يدل عليه. ووجهه: أن ذلک أمر باطني لا يعلم إلا من قبله، فيرجع إليه فيه، ولأن الأصل عدم القصد. ويحتمل عدم القبول، لأن الأصل في الأفعال والأقوال الصادرة عن العاقل المختار وقوعها عن قصد.

ويمكن حمل عدم الوقوع في كلام المصنف (صاحب الشرايع) عليه في نفس الأمر لا في الظاهر، وأما في الظاهر فإن وجد قرينة تدل عليه قوي القبول وإلا فلا. ويكون فتوى الشهيد هو هذا الاحتمال لانه في الفرع الآتي وهو عدم القصد مع القرينة يقول: قبل قوله لقوة القرينة وظهورها هنا بخلاف السابق. ومن هذا الباب ما لو نسي أن له زوجة فقال: نسائي طوالق، أو: زوجتي طالق، ثم ذكر بعد التلفظ بذلک أن له زوجة، فإنه لا يقع في نفس الأمر، لأنه غير قاصد لطلاق زوجته من اللفظ أصلا. وأما في الظاهر فيحكم عليه به. ويظهر من المصنف وأكثر الأصحاب قبول قوله في عدم القصد[١].

نقول اولاً: هذا التوجيه لكلام الشرائع تفسير بما لا يرضى به صاحبه لانه صرح بقبوله ظاهراً ودين بنيته باطناً والشهيد عكس فتواه والعجب منه في ذيل مثاله انتساب قبول عدم القصد الى صاحب الشرائع واكثر الاصحاب. فلذا استغرب الشيخ الجواهري في جواهر الكلام نسبة المسالک هذه الى الشرايع فقال

هو سهو واضح، فإن عبارة المصنف لا تعرض فيها لذلک، وإنما فيها اعتبار القصد واقعا وتخلفه كذلک، نعم سيأتي له التعرض لذلک بقوله: «ولو قال» إلى آخره[٢].

---

١ ـ *مسالك الأفهام* ٩ : ٢٦

٢ ـ *جواهر الكلام* ٣٢ : ١٧

بل الصحيح ان يقول صاحب الجواهر التعرض لذلک فی کلامه بقوله ولو قال الی آخره دلیل آخر علی ان توجیه الشهید للکلام الاول للشهید لا وجه له لانه علی قوله یلزم التکرار.

ب. ادعاء عدم القصد مع القرینة

قال الشهید الاول:

لا حکم لارتداد الصبی. والمجنون. والمکره[١].

وقال الشهید الثانی فی ذیله:

وکذا لا حکم لردة الغالط. والغافل. والساهی. والنائم. ومن رفع الغضب قصده وتقبل دعوی ذلک کله وکذا الاکراه مع القرینة کالاسر[٢].

قال الشهید الثانی فی مسالک الأفهام:

ولو کان اسم امرأته ما یقارب حروفه حروف طالق کـ طالب وطارق وطالع. فقال: أنت طالق، ثم قال: أردت أن أقول: طالب أو نحو ذلک فالتف الحرف بلسانی، قبل قوله، لقوة القرینة وظهورها هنا، بخلاف السابق.

لو قال لها وهو یحل وثاقها عنها: أنت طالق. وقال: أردت: عن الوثاق، ففی قبول قوله ظاهرا وجهان کالسابق ووجه المنع: أن التلفظ بکلمة الطلاق کالمستنکرفی حالة النکاح، فإذا نطق بها بعد قبول التأویل[٣].

قال المحقق الحلی فی شرائع الإسلام:

ولو قال: زینب طالق، ثم قال: أردت عمرة، وهما زوجتان، قبل[٤]

---

١ ـ *اللمعة* : ٢٦٤

٢ ـ *شرح اللمعة* ٩ : ٣٤٢

٣ ـ *مسالك الأفهام* ٩ : ٢٦

٤ ـ *شرائع الإسلام* ٣ : ٥٨٧

وهذا وان كان بالاصالة مربوط بمبحث تعيين المطلقة ولكن من جهة كون المطلق يكون مرجعاً لكشف القصد جئنا به فكما ترى يدل على ترجيح الارادة الباطنيه على الارادة الظاهرية ان كان له المحمل ولا يكون ادعاه خلاف الظاهر فلذا اختص المثال بكون المقصودة الظاهرية والمقصودة المدعاة زوجتين والى هذا الوجه الوجيه صرح الشهيد الثاني في مسالک الأفهام في شرحه فقال:

وجه القبول ـ مع كونه رجوعا عما ثبت ظاهرا من الحكم بطلاق زينب ـ أن المرجع في تعيين المطلقة إلى قصده، والاسم كاشف عنه، والغلط فيه ممكن، ولا يعلم إلا من قبله فيقبل، لأن سبق اللسان من اسم إلى آخر واقع كثيرا، فكان كدعواه الغلط في الانتقال من لفظ إلى آخر يقاربه في حروفه كـ طاهر وطالق وطارق ونحوها.

وقيد بكونهما زوجتين ليحترز عما لو ادعى قصد أجنبية وغلط في تسمية زوجته، فإنه لا يقبل، لأن ذلک خلاف الظاهر، فإن الأصل في الطلاق أن يواجه به الزوجة أو يعلق بهاً فدعواه إرادة الأجنبية غير مسموعة[1].

والعجب من الشهيد الثاني في مسالک الأفهام في شرح قوله: (ولو أوقع الخ) اذ ليس لاحتماله السابق فيه عين ولا اثرحيث قال:

إطلاقه القبول يشمل ما لو أوقع لفظا صريحا مجردا عن قرينة عدم القصد إلى الطلاق وغيره، وما إذا كانت المرأة في العدة الرجعية والبائنة، وما لو صادقته المرأة على ذلک وعدمه. والوجه في الجميع ما أشار إليه من أن ذلک إخبار عن نيته، ولا يمكن الاطلاع عليها إلا من قبله، فكان قوله مقبولا كنظائره من الأمور التي لا تعلم إلا من المخبر[2].

ثم نقض الشهيد الثاني شمول الحكم للمجرد عن القرينة و... بقوله:

---

١ الى ٢ ـ *مسالك الأفهام* ٩ : ١٠٩

ويشكل ذلک على إطلاقه بما قدمناه من أن الظاهر من حال العاقل المختار القصد إلى الفعل، فاخباره بخلافه مناف للظاهر[1].

و مرجحية اصالة عدم القصد لاطلاق الحكم ـ مع القرينة او بدونها ـ ينقضه بالبيع واليک نصّ الشهيد الثاني:

ولو كان الأصل مرجحا عليه هنا لزم مثله فى البيع وغيره من العقود والايقاعات مع الاتفاق على عدم قبول قوله فيه. واختصاص الطلاق بذلک مشكل، بل الأمر فيه أشد، لقول النبى صلى الله عليه وآله وسلم: ثلاثة جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة[2].

ولأن حق الغير متعلق به فلا يقبل فى حقه. التمسک بالرواية العامية التى تكون بقول الشريف مرتضى من الاخبار الآحاد[3] غير صحيح.

ولو فرق بين الطلاق وغيره من العقود ـ بأن القبول فيه مقيد بالعدة، وما دامت المرأة فيها فهى فى علاقة الزوجية فلم تخرج عنه رأسا، بخلاف النكاح والبيع وغيرهما، فإن أمره يثبت بالعقد فلا يقبل من العاقد خلافه ـ لانتقض ذلک بالعدة البائنة، فإن الزوجية زائلة معها بالكلية، وإنما فائدتها استبراء الرحم من أثر الزوج وذلک أمر خارج عن الزوجية، ومن ثم تثبت العدة البائنة للوطء بالشبهة مع انتفاء الزوجية أصلا.

قال فى كشف اللثام:

والفرق بين ما بعده وما قبلها أنها في العدة فى علقة الزوجية، وبعدها قد بانت وربما تزوجت بغيره، فلا يسمع قوله فى حقه وإن صدقته، ولأن الامهال إلى انقضاء العدة وتعريضها للأزواج قرينة ظاهرة فى كذبه، فهذا فرق ما بينه وبين

---

۱ ، ۲ ـ *السابق*

۳ ـ *رسائل شريف مرتضى*

البيع وسائر العقود، حيث لا يقبل قول العاقد فيها، لأنها بمجردها ناقلة[١]

ثم رد فتوى البعض وهو اختصاص الحكم بالعدة الرجعية بقوله:

وربما خصه بعضهم بوقوعه في العدة الرجعية. وهو كالمستغنى عنه أيضا، لأن الزوج له الرجعة في العدة الرجعية بكل لفظ دل عليها، فدعواه عدم القصد حينئذ يقوم مقام الرجعة كما لو أنكر الطلاق، بل أقوى، لأن انكار الطلاق قد يستند إلى عدم التفطن إليه ولو ذكره لما رجع، بخلاف دعوى عدم القصد إليه، لأنه صريح في إرادة نقضه وعود الزوجية المقتضي للرجعية، فقبول قوله حينئذ من حيث إنه رجعة لا من حيث الرجوع إليه في القصد[٢].

وحكم هذا الفرع بنظر الشهيد هوعدم قبول ادعاء عدم القصد من غير فرق بين الطلاق وغيره واليک نصه:

والأقوى عدم القبول إلا مع قيام القرينة على صدقه كالأمثلة السابقة، أو كونها في عدة رجعية فيجعل ذلک بمنزلة الرجعة. نعم، لو صادقته الزوجة على ذلک لم يبعد القبول، لأن الحق منحصر فيهما فيدينان بما يتفقان عليه، ويوكل أمرهما إلى الله تعالى[٣].

ورد هذه الثمرة الشيخ الجواهري فقال:

فيه: أنه حينئذ لا ثمرة له، لأن للزوج الرجوع بكل لفظ دل عليه، ومنه دعواه عدم القصد كإنكار الطلاق بل لعله أقوى في الدلالة على ذلک منه، فقبول قوله من حيث إنه رجعة، لا من حيث الرجوع إليه في القصد[٤].

وفيه: ان صاحب الجواهر ما التفت مراد الشهيد وتخيل ان الشهيد بصدد انتزاع

---

١ ـ *كشف اللثام* ٨ : ١١

٢ ـ *السابق* ٨ : ٤٨

٣ ـ *مسالك الأفهام* ٩ : ٢٦

٤ ـ *جواهر الكلام* ٣٢ : ٢٠

الثمرة من عدم قبول ادعاء القصد بل هو فى هيهنا يوكد حكمه وهو لزوم وجود القرينة لقبول ادعاء عدم القصد وكونها بمنزلة الرجوع فى العدة الرجعية لا يثبت قبول ادعائه عدم القصد بل بالعكس يثبت عدم قبوله وعدم الثمرة طبعاً من حيث عنوان عدم القصدية.

وكم من فرق بينهما لانه مع قبول ادعائه لا يكون طلاقاً اصلاً ومع عدم قبول ادعائه يكون طلاقاً وبصرف ادعائه يحقق موضوعاً للرجعة وتظهر الثمرة فى ثلاث طلقات.

ثم جاء الشهيد برواية واحتمل كونها مستند حكم الاكثر بالاطلاق فى الطلاق ـ مع القرينة وبدونها ـ بقوله:

ويمكن أن يكون مستند حكمهم لذلک وتخصيص الطلاق رواية منصور بن يونس فى الموثق عن الكاظم عليه السلام قال: «سألت العبد الصالح عليه السلام وهو بالعريض، فقلت له: جعلت فداک إنى تزوجت امرأة كانت تحتى فتزوجت عليها ابنة خالي، وقد كان لى من المرأة ولد، فرجعت إلى بغداد فطلقتها واحدة، ثم راجعتها، ثم طلقتها الثانية، ثم راجعتها، ثم خرجت من عندها أريد سفرى هذا حتى إذا كنت بالكوفة أردت النظر إلى ابنة خالي، فقالت أختى وخالتي: لا تنظر إليها والله أبدا حتى تطلق فلانة، فقلت: ويحكم والله مالى إلى طلاقها من سبيل، فقالوا لى: وما شأنک ليس لک إلى طلاقها من سبيل؟ فقلت: إنه كانت لى منها ابنة وكانت ببغداد، وكانت هذه بالكوفة وخرجت من عندها قبل ذلک بأربع، فأبوا على إلا تطلقها ثلاثا، ولا والله جعلت فداک ما أردت الله ولا أردت إلا أن أداريهم عن نفسى وقد امتلأ قلبى من ذلک، فمكث عليه السلام طويلا مطرقا، ثم رفع رأسه وهو متبسم، فقال: أما بينک وبين الله فليس

بشيء، ولكن إن قدموك إلى السلطان أبانها منك»[١].

ورد عليه صاحب الجواهر بقوله:

فيه: أن الخبر المزبور على العكس أدل كما اعترف به في كشف اللثام، ضرورة كون المراد عدم قبول دعوى عدم القصد ظاهرا لو رفع إلى السلطان، اللهم إلا أن يراد السلطان الجائر الذى لا يقف على قوانين الشرع[٢].

وهذا احتمال قوى كما يدل عليه قوله عليه السلام: ان قدموك الى السلطان كما يظهر منه جبر واكراه فى هذه المراجعة والافقى السلطان الشرعى ليس فيه جبر ولا اكراه.

وصاحب الجواهر وفاقاً للاكثر ومنهم الشرايع وخلافاً للمسالک ايد اطلاق قبول ادعاء عدم القصد ـ مع القرينة وبدونها ـ فى الطلاق واليک نصه:

ولعل الأولى أن يقال: إن الفرق بين الطلاق وما يشبهه من الايقاع وبين غيره من العقود بأن الطلاق ليس له إلا طرف واحد، وهو الايقاع من الموقع، وأصل الصحة لا يجرى فيه بعد اعتراف فاعله بفساده بما لا يعلم إلا من قبله، بخلاف البيع مثلا، فإنه لو ادعى الموجب عدم القصد المقتضى لفساد إيجابه وعدم جريان أصل الصحة عورض بأصالة صحة القبول الذى هو فعل مسلم أيضا، والأصل فيه الصحة التى لا تتوقف على العلم بصحة الايجاب، بل يكفى فيها احتمال الصحة الذى لا ريب فى تحققه مع دعواه التى لا تمضى إلا فى حقه بالنسبة إلى العقد المركب سببه منهما، بخلاف المقام الذى حق الزوجة فيه من الأحكام التى تتبع الموضوع بعد تحققه، فليس حينئذ قبول دعوى عدم القصد من الزوج منافيا لحق الغير على وجه يقتضى عدم سماعها من مدعيها كغيرها من الدعاوى التى هى كذلک وإن كانت هى مقبولة فى نفسها لولا هذا

---

١ ـ *مسالک الأفهام* ٩ : ٢٧

٢ ـ *جواهر الكلام* ٣٢ : ٢١

التعارض، لما عرفت من استقلاله بالسبب واختصاصه بفعله، فيصدق فيه بما لا يعلم إلا من قبله، واللفظ بمجرده غير معارض، لعدم دلالته على نفس القصد، وإنما حكم به بظاهر حال الفاعل العاقل[١].

قال في المجموع:

واختلف أصحابنا في نيته فمنهم من قال:

١ ـ عدم قبول ادعاء السكر قطعاً عدم القصد: لان سكره لا يعلم الا من جهته وهو متهم في دعوى السكر لفسقه، فعلى هذا يقع الطلاق في الظاهر وليس فيما بينه وبين الله تعالى.

٢ ـ عدم قبول عدم القصد تغليظاً عليه: ومنهم من قال يقع الطلاق تغليظا عليه، فعلى هذا يقع منه كل ما فيه تغليظ عليه كالطلاق والردة والعتق، وما يوجب الحد، ولا يقع ما فيه تخفيف كالنكاح والرجعة وقبول الهبة، ومنهم من قال لما كان سكره معصية سقط حكمه، فجعل كالصاحي، فصح منه الجميع.

قال العمراني من أصحابنا: وهذا هو الصحيح، فان شرب دواء أو شرابا غير الخمر والنبيذ فسكر ـ فان شربه لحاجة ـ فحكمه حكم المجنون، وإن شربه ليغيب عقله، فهوكالسكران بشرب الخمر، لأنه زال عقله بمعصية فهو كمن شرب الخمر والنبيذ[٢].

---

١ ـ *السابق* ٣٢ : ٢٢

٢ ـ *المجموع* ١٧ : ٥٦

الفقه الوضعي والقصد

ا ـ المواد القانونية

الفقه الوضعي جعل القصد ركنا للعقد و وفقا لنظرية المشهور ما اكتفى بصرف وجوده بل بصورة تكونه انشائيا وايجاديا لعنوان العقد والمواد ١٩٠ الى ١٩٥ اختصت بهذا الموضوع وفي المادة ١٠٦٢ تنص على انه:

النكاح يقع بالايجاب والقبول بالالفاظ التي تدل بالصراحة على قصد النكاح[١].

وفي المادة ١٠٧٠ تنص على انه:

رضا الزوجين شرط نفوذ العقد واذا اجاز المكره العقد بعد زوال الكره فاجازته نافذة الا ان يوصل الاكراه الي حد يصير العاقد معه فاقدا للقصد [٢].

وهو كما ترى تجعل الرضا غير القصد

و في المادة ١١٣٦ تنص:

المطلق يجب ان يكون بالغا عاقلا قاصدا مختارا[٣].

---

١ ، ٢ ـ *مجموعه كامل قوانين ومقررات حقوقي* : ١٢٦

٣ ـ *السابق* : ١٣٢

ولكن في المادة ١٩٠ الحق اليه رضا المتعاقدين وهو بظاهره وان كان موهما من كونه عبارة اخرى لرضا المتبايعين وعدم كون اللازم من القصد كونه انشائيا وايجاديا بل يكفي وجوده والاخبار عنه لا ازيد. ولكن في المواد الاخرى مثل المادة ١٩١ تصرح بان:

العقد يتحقق بقصد الانشاء بشرط اقترانه بشيء يدلّ على القصد[١].

و هذه المادة تدل على امور شتى

منها: كون العقد من امور انشائية وايجادية.

ومنها: الابرازُ والكاشف على هذا الانشاء يكون ثبوتا جزء العقد وبدونه لا يتحقق العقد وكما قلنا في الفصل السابق هذا الامر يكون موردا للخدشة.

ومنها: ان الارادة الباطنية ترجع على الارادة الظاهرية او الارادة المعلمة في فقه الامامية.

والموادّ الذيل في الفقه الوضعي ايضا تدلّ على هذا الترجيح.

واستنتج منه الكاتوزيان اولاً: انّ العقد الصورى باطل (خلافاً للعامة) وثانياً: العقود تابعة للقصود يدلّ على هذا الامر يعني ترجيح جانب الارادة الباطنية[٢].

وفي عبارة الشيخ:

ومن جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذى يتلفظان به[٣].

والمقايسة بينهما تدلّ على انّ في الفقه الوضعي وجود الدالّ على القصد واجب وفي ذيله جاء هذ الامر وهذه الدلالة اعمّ من ان تكون بالصراحة وعدمها.

---

١ ـ *السابق* : ٦٠

٢ ـ *قانون مدنى در نظم كنونى* : ١٩٨

٣ ـ *المكاسب* ٣ : ٢٩٦

وامّا الشيخ في عبارته لا يوضّح بايّ نحو نكشف هذا القصد ولعلّه يريد ان يقول بمقالة المدنيين بعبارته (يتلفظان به) المادة ١٩٦:

تقع المعاملة لمن يعامل الا ان يصرح بخلافه حين العقد او يثبت خلافه بعد. والكلمة النهائية يعني (يثبت خلافه بعده) هذه تدل على ترجيح ارادة الباطنية على الارادة الظاهرية[١].

والمادة ٤٦٣ تقول:

ان علم في بيع الشرط انّ قصد البايع غير حقيقة البيع فلا يجري فيه احكام البيع[٢].

البيع الشرط طبقاً للموادّ ٣٣ و ٣٤ يجعل هذا البيع بصورة (الفرض القانوني) واسّس عنوان (المعاملة مع حقّ الاسترداد)[٣] وهذه المادة تدلّ على ترجيح الارادة الباطنية على الارادة الظاهرية او الارادة المعلمة.

المادة ١١٤٩تقول:

الرجوع في الطلاق يحصل بكلّ لفظ او فعل الدالّ على الرجوع المشروط بكونه مقروناً بقصد الرجوع[٤].

ويبدو ان المادة ٢١٨ المكررة تعمم المادة ٢١٧ بان الجهة وان كانت غير مصرحة ولكن اثبت الجهة الواقعية بالادلة فالمتبع هو الجهة الواقعية واليك نصه:

كلما اقام الدائن بالادلة بان المديون بقصد الفرار من الدين اقدم على بيع امواله فالمحكمة تجوز ان يقرر القرار التوقيف لامواله بمقدار دينه[٥].

---

١ ـ *مجموعه كامل قوانين ومقررات حقوقى* : ٦٠

٢ ـ *السابق* : ٧٩

٣ ـ *السابق* : ٤٨

٤ ـ *السابق* : ١٣٢

٥ ـ *السابق* : ٦١

امّا فى الموادّ الذيل ظاهراً تقدّم الارادة المعلمة على الارادة الباطنية:

١ ـ المادة٢٢٤: الفاظ العقود محمول على المعانى العرفية[١].

٢ ـ المادة ١٣٠٩: فى مقابل السند الرسمى او السند الذى احرز اعتباره فى المحكمة الدعوى المخالف لمفاده او مندرجاته لا تثبت بالشهادة[٢].

٣ ـ المادة ١٣٢٤: الامارات التى احيلت الى القاضى عبارة عن الاوضاع والاحوال التي في خصوص المورد و تكون قابلة للاستناد فى المورد الذى تثبت الدعوى بشهادة الشهود او تكمّل الادلة الاخرى.[٣]

يعنى الامارة القضائية ترجّح على الامارة القانونية فالامارة القانونية ليست دليلاً واقعية والامارة القضائية دليل واقعى مثل تعارض اصالة العدم مع الاستصحاب

والجمع بين الموادّ: انّه ليس لنا طريق الى الارادة الباطنية وان تحقق فهو مقدّم على دلالة العرفية للالفاظ.

والمادة ٢١٨ المقررة فى ١٣٠٧ (هـ. ش) تنص على انه:

المعاملة اذا وقعت بقصد الفرار من الدين بصورة صورية فتقع باطلة[٤].

ولكن عدلّت في تاريخ ١٣٧٠ (هـ ش): بان هذه المعاملة غير نافذة لا الباطلة وهذا الامر كما قلنا سابقا انبعث من الابهام فى هذه المادة وهى ان اساس المادة وركيزتها هل هى عدم مشروعية جهتها او وقوعها صورية وبلا قصد واقعى. لانه ان كان النظر الى مسئلة كون القصد ركنا اصليا للعقد وتقوم العقد يكون به فهذا البيع يكون من مصاديق المادة ١٩١ ويكون باطلا. وان كان النظر الى جهة المعاملة فالمادة ممكنة

---

١ ـ *السابق* : ٦٢

٢ ـ *السابق* : ١٤٧

٣ ـ *السابق* : ١٤٩

٤ ـ *السابق* : ٦١

التطبيق عليه هی المادة ۲۱۷ ونصه هی انه:

ليس اللازم في المعاملة التصريح بجهة المعاملة ولكن مع التصريح بها فليجب ان تكون مشروعة والا تكون المعاملة باطلة[1].

ولكن كون جهة المعاملة بقصد الفرار عن الدين جهتا غير مشروعة وباطلة من هذا اللحاظ اول الكلام بل بلحاظ تعلق حق الغير تكون نهائيا غير نافذة. والتعديل القانونی وقع بهذا اللحاظ ولكن ما التفتوا الی قيد الصورية وما حذفوها والا ان كان المحور الاساسی كونها بلا قصد واقعی فالمعاملة باطلة.

فملخص الكلام ان الاصل حكومة ارادة الباطنية والقصد الواقعی علی الارادة الظاهرية والقصد الغير الواقعی والتبعية من الارادة الظاهرية تحتاج الی دليل خاص.

ب ـ موضع القصد من جهة العقد و السبب فی الفقه المدنی

اعلم: كما قلنا مرارا ان الشارع اهتم اهتماما شديدا بقصد المتعاقدين والاصل هو رعاية هذا القصد في العقود والايقاعات والكلام كل الكلام فی محدداته. وفی هيهنا نبحث فی ان السبب والجهة هل هما من محددات القصد ام لا؟ فنقول:

ان من مباحث طويل الذيل بين المدنيين بالخصوص الغربيين هو البحث عن جهة العقد [motif] والسبب او العلة [cause] اوقل جهة التعهد وشدة الاختلاف بلغ ما بلغ بحيث انه شمل كل جوانب المبحث[2].

ففی بدو الامر ناتی بالمعنی الاجمالی للجهة والسبب من المدنيين فالسبب هو:

الغرض النوعی الذی للوصول اليه يتعهد المتعاقد نفسه بالمعاملة فاجراء التعهد

---

۱ ـ *السابق*

۲ ـ راجع *نظرية العقد فی الفقه الجعفری* : ۲۳٤ و *فقه العقود* ۱ : ۳۳۲ و *حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها* ۱ : ٤۲۰ و ۲ : ۲۱۰

في العقد الموجد للتعهد يكون سببا او علة للعقد[١].

فهو غرض و جهة داخلية فلذا يعبر عنه بجهة التعهد فهو عبارة عن كون التزام البائع سببا لالتزام المشترى مثلا سبب التزام المشترى بتسليم الثمن هو التزام البائع بتسليم المبيع والعجب من صاحب نظرية العقد فى الفقه الجعفرى حيث ربط بين مبحث السبب وبين سببية الفاظ العقود واليک نصه:

ان الفقه الإسلامي الجعفرى قد اعتبر العقود التي بها ينشئ المتعاقدان المبادلة بين المالين، و اعطاءها صفة الأسباب و العلل المولدة و لو بنحو الاعتبار و الجعل الشرعيين واستشهد بكلام النايينى فى منية الطالب: الأمر الثانى قد اشتهر بين الفقهاء ان باب ألفاظ العقود و ما ينشأ بها باب الأسباب و المسببات، و المراد من ذلک ان بعت من البائع بقصد التمليک و قبلت من المشترى بقصد إنشاء التملک سبب لنقل كل من الثمن و المثمن من مالكه الأصلى للمالک الثانى[٢].

ولكن الظاهر ان فيه تمحلا وتكلفا لان السبب هو التزام المتقابل بين المتعاقدين يعنى كون التزام الآخر سببا لالتزام كل من المتعاقدين. يعنى السبب من اركان الارادة و ينشا قصد كل من المتعاقدين من السبب، كما هو ينشا من الجهة.

هذا كله فى السبب.

اما الجهة فهى:

الغرض الشخصى ـ اعم من المشروع وغير المشروع ـ لكل من المتعاملين فى المعاملة المعينة[٣].

---

١ ـ *ترمينولوژى حقوق* : ٤٤٦

٢ ـ *نظرية العقد فى الفقه الجعفرى* : ٢١٧

٣ ـ *ترمينولوژى حقوق* : ٢٠٢

فهو عبارة عن الغرض الذى من أجله وقع العقد أو الالتزام، و يعبرون عنه بالباعث الدافع إلى التعاقد ولابد فيه ان يكون مشروعاً لا يحرمه القانون و لا يتنافى مع الآداب و النظام العام.

فالجهة هي العلة الغائية للمعاملة وهی كما يقول المناطقه مقدم تصورا وموخر خارجا لان الطلب يترتب على الالتفات الى المطلوب اولا ثم الالتفات الى كونه ملائما لغرضه ثم يحدث بذلک الميل اليه والشوق فيصير بذلک مطلوبا اى محبوبا لا مغضوبا وهذه الارادة فی قبال الكراهة ثم يصير ذلک سببا لايجاد الارادة التی تساوق الطلب فالجهة من اركان الارادة وهل الجهة تساوق الداعی ام هما مختلفان فبنظر الفقهاء الجهة هی الغرض او الداعی ولكن بعض المدنيين يعتقدون بالفرق بينهما فراجع[1].

ان من لحاظ الرتبی الجهة والغرض والسبب تكون مقدمة وعلة للقصد والقصد المبحوث عنه الذی يتقوم العقد به لا يشمل مبحث السبب او الجهة يعنی لا يجب قصد الجهة والسبب من حيث تقوم العقد به لان الاول شخصی والثانی يترتب على العقد بالجعل والتسبيب الشرعی بلا وساطة قصد المتعاقدين. فليس قوام العقد بهما شرطا وجوديا وان كان القصد بل كل فعل لا يخلو عن الغرض والجهة ولكن يجب رعايتهما مع شرائط خاصة اذا تعلق قصد المتعاقدين بهما فلذا نرى ان الفقه يتقيد قصد الجهة بكونه مشروعا فهو من موارد حكومة الحكم الشرعي على قصد المتعاقدين ففی المادة ١٩٠ تنص على انه:

من شرائط صحة العقد كون جهته مشروعا[2].

قال صاحب نظرية العقد فی الفقه الجعفری:

---

١ ـ مثل *كتاب قواعد عمومی قراردادها* ١ : ٢٣٥

٢ ـ *مجموعه كامل قوانين ومقررات حقوقی* : ٦٠

اعتبر الشارع مع ذلک کله ان یکون الباعث و الواقع علی المعاملة مشروعاً و موافقاً للنظام العام و الآداب فإجارة الدار للفساد و العهارة و إقراض المال للمقامرة و بیع العنب لکي یصنع خمرا و نحو ذلک، لم یقره الشارع و لم یعتبر العقد فیه مؤثراً في نقل الأموال و الاتجار بها

قال في منیة الطالب: کل فعل لا یقع الحرام به بل یتوقف علی أمور أخری، کبیع العنب ممن یجعله خمراً فهذا لا یتدرج تحت الإعانة علی الإثم، إلا إذا قصد به البائع توصل المشتری بالعنب إلی التخمیر،

و أضاف إلی ذلک: و بالجملة لو لم نقل بحرمة شراء الطعام للتقوی علی المعصیة، إلا ان البیع بقصد التوصل إلی صدور الحرام من المشتری حرام.

و قال السید کاظم في العروة الوثقی: الخامس من شروط العقد ان تکون المنفعة مباحة، فلا تصح اجارة المساکن لإحراز المحرمات و الدکاکین لبیعها و الدواب لحملها و الجاریة للغناء و نحو ذلک و تحرم الأجرة علیها[1].

فعلی ای حال، القصد الموجود فی العقد سببا وجهة یجب رعایته فان ابتنی علی ایهما قصد الانشاء بحیث لم ینعقد القصد لو لم یکن تلک الجهة او ذلک القصد فمع عدم وجود ما ابتنی القصد علیه فهو المانع عن انشاء القصد والتراضی به، لو ظهر للمتعاقد فقصد الانشاء یکون مبتنیا علیه فعلی هذا یکون الانشاء باطلا لفقدان قصد الانشاء واقعا وان کان موجود ظاهرا ونسمیه بالخطاء الموثر وهو غالبا یاتی فی الخطاء سببا یعنی اذا التزم المتعاقد نفسه بتعهد فی قبال التزام المقابل فانکشف عدم واقعیة التزام الآخر او فی الخطاء جهتا اذا انکشف عدم مشروعیتها فهو مرتبط بموضوع الرسالة.

---

١ ـ *نظریة العقد فی الفقه الجعفری* : ٢١٨

واما فی صورة عدم ابتناء القصد علیه فهو یکون بعنوان عیب التراضی فانشاء القصد موجود ولکن التراضی الموجود لیس بکامل بل هو معیب فقصد الانشاء موجود ولکن ما روعی فیه کماله فبجعل الخیار لیجبر هذه النقیصة وهو غالبا یاتی فی الخطاء جهتا اذا کان مشروعا ولکن تکون غیر مترتب فهو غیر مرتبط بموضوع الرسالة ویاتی فی کتابنا الآخر المسمی بقاعدة العقود الموضوع لتاثیر القصد فیما زاد علی العقد، ونسمیه بالخطاء الغیر الموثر.

والدلیل علیه فی کلا الموردین یعنی الخطاء الغیرالمؤثرالذی اصل القصد و الانشاء فیه محفوظ (المجعول فیه الخیار) والخطاء المؤثر الذی اصل القصد والانشاء فیه معیب (الموجب لبطلان العقد) هوکون العقد مشمولا لقاعدة ما قصد لم یقع وماوقع لم یقصد.

فلاهمیة المسئلة نبحث عنها (ای الموارد الموثر لعدم انعقاد قصد الانشاء) ذیل موارد الخطاء والجهل والغلط فی القصد ونجعله تحت عنوان واحد وهو الخطاء ویجب التنبیه قبله علی ان الخطاء اعم من الخطاء الموضوعی والحکمی وان کان فی الفقه والقانون لا یعذر الجاهل بالحکم الا ان یکون قاصرا وهو فی الموارد الخاص وبالدلیل والفقه الوضعی ایضا قررهذا الحکم ولکن الحق ان توقع الاطلاع علی جمیع الاحکام والقوانین الفنیة و التخصیصة للخواص فضلا عن العوام دونه خرط القتاد.

والمادة ۱۱۳۱ من موارد التی تکون خلافا للاصل، فهی تقید سقوط حق من له الخیار بمن یعلم فوریة الخیار والیک نصه:

خیار الفسخ یکون فوریا وبعد اطلاع من له الخیار بعلة الفسخ ، لو لم تفسخ فیسقط حقه بشرط ان یکون عالما بحق الفسخ وفوریته[۱].

---

۱ ـ *مجموعه کامل قوانین ومقررات حقوقی* : ۱۳۰

وعلى اى حال، الاولى: التفصيل بين الاحكام والقوانين التى تكون مبتلا به وغيره فلذا سنقول فى تفسير المادة ١٩٩ ذيلا ان الخطاء فيه مطلق شامل للخطاء والجهل بالحكم واليک نصه:

الرضا الحاصل من الخطاء او الاكراه لا يوجب نفوذ المعاملة[١].

فلتوضيح المسئلة من كل جانب فنقول: عدم انشاء القصد اما ان يتولد من الخطا في تطبيق من يقع له البيع و اما من الخطاء فى الموضوع يعنى العين المتعلق للقصد واما من الخطاء فى الجهة.

فيكون فى هيهنا ثلاث فروع.

ان الخطاء اما يكون خطاء موثرا واما غير موثر والخطاء الغير الموثر هو خطاء ان لم يحدث لا يستوجب نوعا عدم صدور اصل انشاء العقد من المخطئ فلذا شرع الشارع الخيار جمعا بين حفظ اصل العقد واحتراما لرعاية نظر المتعاقدين وقصدهما فلا تاثير لهذا الخطاء فى اصل تحقق العقد لان القصد اللازم لتكون العقد موجود نوعا وان كان هو بحسب الدواعى الشخصية غير موجود ولكنه ليس بمضر فهذا القسم غير مربوط بموضوع كتابنا يعنى مدخلية القصد فى تكون العقد بل هو مربوط بالحد الاعلى لرعاية قصد المتعاقدين المستلزم لجعل الخيار المبحوث عنه فى كتابنا الآخر تحت عنوان قاعدة العقود تابعة للقصود.

والخطاء الموثر هو ما يكون على خلافه يعنى عدم حدوثه يستوجب نوعا عدم صدور اصل انشاء العقد وهذا مثل ما قلناه ـ ذيل مادة ٢٠٧ ـ فى الاكراه وعدم الرضا يعنى بلوغ الاكراه الى حد يسقط معه القصد فالعقد باطل لا يفيده لحوق الرضا به وعدم بلوغ الاكراه الى هذا الحد فالعقد غير نافذ ومنوط بلحوق الرضا به.

---

١ ـ *مجموعه كامل قوانين ومقررات حقوقى* : ٦٠

فمحل البحث فى الفروع الثلاثة هو الخطاء الموثر. فنقول:

١ ـ الخطاء فى تطبيق من يقع له البيع

المادة ١٩٦ تنص على انه:

تقع المعاملة لمن يعامل الا ان يصرح بخلافه حين العقد او يثبت خلافه بعد[1].

والنكاح موضوعا خارج عن هذه المادة لانه لا ينعقد الا مع التراضى بين الزوجين

والمادة ٢٠١ تنص على ان:

الخطاء فى من يقع له العقد لا يوجب خللا فى المعاملة الا ان يكون الحجر الاساس لايقاع العقد هو شخصية من يقع له العقد[2].

فهذه المادة تجعل المالكين غير ركن للعقد (مثل البيع والصدقة غالبا) فقصدهما غير لازم لتحقق العقد الا فى موارد خاص (مثل العطايا ومثل الشركة ومثل رجوع الى الطبيب الخاص او كل متبحر فى حرفته الموثر شخصيته للراجع)فهو بمنزلة تاسيس الاصل.

سبق فيما مضى نص كلام النائينى فى (المكاسب والبيع) في فصل تعيين المالكين فلاهميته فى تائيد هذا التفصيل يجب اعادته فانه قال:

إنّ إعتبار تعيين البائع أو المشترى فى الكليين ليس كاعتبار طرفى العقد فى غير باب المعاوضات: كالنكاح والوصية والهبة والوقف و نحو ذلك؛ فإنّ الزوجين والموصى له أوالوصى أو المتهب أو الموقوف عليه ركن فى هذه الابواب و بدون التعيين لا ينعقد العقد، ولا يرتبط إنشاء الموجب بانشاء القابل؛ لانّه ليس قصد الواهب مثلاً الهبة لكل من يقبلها

١، ٢ ـ *السابق* : ٦٠

وأمّا المعاوضات، فاعتبار التعيين فيها إنما هو لاعتبارالعوض فيها حيث ان تحقق المالية فی الکلی إنما هو بتعيين المالک، وإلا فما هو الرکن فيها هوالعقد و العوضين، فلو تمّ شرائطهما لم يعتبر شيء آخرأصلاً[1].

المادة ٧۶٢ تنص علی انه:

لو وقع خطاء في المصالح او المتصالح او فی مورد الصلح فالصلح باطل[2].

٢ ـ الخطاء فی الموضوع او فی العين

وهو فيما يوجب فوات المحل الذی اتجهت إليه إرادة المشتری وهذا اما يکون فی الجنس واما يکون فی الوصف وما فی الوصف اما يکون فيما يقبل الفسخ واما يکون فيما لا يقبل.

فهو فی ما لو کان مرجع الغلط إلی اختلاف جنس المبيع، مثل ما لو اشتری رجل داراً علی انها مبنية بالإسمنت المسلح فتبين انها مبنية بالحجارة و الخشب،

و هو من نوع الغلط فی الجنس و الحکم هو بطلان العقد من أساسه لفوات المحل الذی اتجهت إليه إرادة المشتری.

واما لو کان مرجعه إلی اختلاف وصفه فهو يرجع الی الخطاء الغير الموثر کما قلنا قبل اسطر مثل ما لو باع انسان حيواناً علی انه ذکر فبان أنثی، فالعقد فی مثل ذلک صحيح و للمشتری الخيار فی فسخ العقد، لانه لم يقدم عليه إلا لأنه ذکر و قد فاته هذا الوصف.

---

١ ـ *المکاسب والبيع* ١ : ٣٧١

٢ ـ *مجموعه کامل قوانين ومقررات حقوقی* : ٩٩

لا ينقضي تعجبي من صاحب نظرية العقد في الفقه الجعفري حيث زعم ان فقهاء الامامية خلافا للعامة لا يحكمون ببطلان العقد الذي وقع مبتنيا على الغلط ولو كان الغلط جوهريا واليك نص عبارته:

والغلط بنظرهم امّا غلط في الجنس: وهوموجب لإبطال العقد إذا كان الغلط في الجنس لانعدام المحل الذي اتجهت إليه إرادة المشتري، و يسمي الدكتور السنهوري في كتابه مصادر الحق: الغلط في الجنس و الغلط مع التفاوت الفاحش و لو كان الجنس واحداً هذان النوعان من الغلط يسميهما بالغلط المانع، و يقصد من هذه التسمية ان هذين النوعين من الغلط يمنعان من صحة العقد، و يمثل لذلك بمن باع ياقوتاً أو ماساً فتبين للمشتري بعد ذلک انه زجاج، فيبطل العقد في مثل ذلک لانعدام المحل الذي اتجهت إليه إرادة المشتري،

اما إذا اتحد الجنس و اختلف الوصف، و كان التفاوت بين فاقد الوصف و واجده يسيراً، فإن البيع يتم بينهما و يقع صحيحاً، و للمشتري الخيار بين الالتزام بالعقد و بين فسخه، و من أمثلة ذلک ما لو باع ياقوتاً أحمر فبان انه أصفر، أو عبداً كاتباً فتبين انه فاقد لهذه الصفة، فمحل العقد موجود لم يتخلف منه إلا الصفة المرغوبة للمشتري، فإذا ثبت له الحق في فسخ العقد و التحلل منه يتمكن من تدارک الغبن اللاحق به بسبب فسخ العقد و استرجاع ماله.

و أضاف إلى ذلک ان المعيار في كون الغلط مؤثراً في صحة العقد، هو ما لو كان جوهرياً يبلغ بنظر المتعاقدين حداً انهما يمتنعان عن إبرام العقد لو كانا على بينة من الأمر قبلها، و قد نصت المادة ١٢٠ من القانون المدني الحديث على ان للمتعاقد إبطال العقد إذا كان الغلط جوهرياً[١].

هذا الكلام حق لا ريب فيه فانه الغلط الذي جاء من ناحية السبب ولكنه انتسب الى الامامية فتوى لا مستند له. فاضاف في بيان موقف الجعفريين من الغلط

---

١ ـ *نظرية العقد في الفقه الجعفري* : ٢٠٩

بجميع أقسامه قوله:

أما أقسام الخطأ التى ذكرها السنهورى و غيره و التى عدد فيها الغلط فى القيمة أو الباعث، هذه الأصناف من الغلط لا توجب بطلان العقد عند الفقهاء الجعفريين لوجود القصد فى هذه العقود إلى الألفاظ و معانيها و وقوعها بقصد المبادلة بين المالين، و الغلط الحاصل منهما قد نشأ عن جهل البائع أو المشترى فى هذه الموارد، هذا النوع من الغلط الناشئ عن الجهل يجعل العقد قابلاً للإبطال، بمعنى ان المشترى الغالط أو البائع لو فرض كون الغلط من جانبه، يحق لهما ان يفسخا العقد ليتدارک ما يلحقهما من الحيف و الضرر المترتبين على هذه المعاوضة، و يلتقون بذلک مع الفقه المدني، فان المادة التى أشرنا إليها تنص على ان العاقد الذى وقع فى الغلط له ان يبطل العقد و يتحلل منه[١].

ويكفيک لرده شهرة مسئلة من باع عبدا حبشيا فبان حمارا وحشيا بحيث صار شهرته كالشمس فى رابعة النهار فلا يشک احد فى بطلانه فاليک نص كلام الشيخ فانه قال فى بحث خيار الروية:

ان محلّ الكلام فى تخلّف الأوصاف التى لا توجب مغايرة الموصوف للموجود عرفاً، بأن يقال: إنّ المبيع فاقدٌ للأوصاف المأخوذة فيه، لا أنّه مغايرٌ للموجود. نعم، لو كان ظهور الخلاف فيما له دخلٌ فى حقيقة المبيع عرفاً، فالظاهر عدم الخلاف فى البطلان و لو أخذ فى عبارة العقد على وجه الاشتراط كأن يقول: بعتک ما فى البيت على أنّه عبدٌ حبشيٌّ فبان حماراً وحشيّاً.

إلاّ أن يقال: إنّ الموجود و إن لم يُعدّ مغايراً للمعقود عليه عرفاً، إلاّ أنّ اشتراط اتّصافه بالأوصاف فى معنى كون القصد إلى بيعه بانياً على تلک الأوصاف، فإذا فُقد ما بُنى عليه العقد، فالمقصود غير حاصل، فينبغى بطلان البيع؛ و لذا التزم أكثر المتأخّرين بفساد العقد بفساد شرطه فإنّ قصد الشرط إن كان مؤثّراً

---

١ ـ *السابق* : ٢٠٣

في المعقود عليه ،فالواجب كون تخلّفه موجباً لبطلان العقد، و إلاّ لم يوجب فساده فساد العقد، بل غاية الأمر ثبوت الخيار[١].

والفقه الوضعي تبعا لفقه الامامية تصر على هذا التفصيل (اى التفصيل بين الخطاء الموثرفحكمه البطلان والغير الموثرفحكمه عدم النفوذ وجعل الخيار)

والمادة ٢٠٠ تنص على ان:

الخطاء يكون موجبا لعدم نفوذ المعاملة اذا كان مربوطا بموضوع المعاملة[٢].

المادة ٣٥٣ تنص على انه:

ان بيع شيء معين بعنوان جنس خاص ولم يكن من ذلک الجنس واقعا فالبيع باطل[٣].

المادة ٧٦٢ تنص على انه:

لو وقع الخطاء في المصالح او المتصالح او في مورد الصلح فالصلح باطل[٤].

الغرض من الجنس او مورد الصلح الوصف الذاتي او الجوهري للمبيع او مورد الصلح او قل نفس موضوع العقد الا ان يكون عرفا الوصف البارز كالمقدمة مقصودا

المادة ١١٢٨تنص على انه:

ان اشترط في النكاح صفة خاصة لكل من الزوجين ثم ظهر بعد العقد انه فاقد لذلک الوصف المقصود فيثبت للطرف المقابل حق الفسخ اعم من ان يكون الوصف المذكور مصرحا في العقد او كون العقد مبنيا عليه. الا ان يبلغ الى حد

---

١ ـ *المكاسب* ٥ : ٢٥٤

٢ ـ *مجموعه كامل قوانين ومقررات حقوقي* : ٧٢

٣ ـ *السابق* : ٧٢

٤ ـ *السابق* : ٩٩

موثر فى شخصية الزوج[١].

وهى تفصل بين الخطاء الموثر وغير الموثر.

والمواد المذكورة لحكم التدليس كلها يرجع الى الخطاء فى الموضوع فيما زاد على اصل تحقق العقد ومربوط بموضوع كتابنا الآخر المسمى بقاعدة العقود.... فلذا يجعل فيه الخيار ولاربط له بمسئلة عيوب الارادة والقصد التى كانت موضوعها تحقق اصل العقد وموجب لبطلان العقد.

٣ ـ الخطاء الموثر فى الجهة او السبب

وان كان بعض المدنيين يصر على ارجاع الخطاء فى الجهة الى الخطاء فى الموضوع وان كان فى بعض الموارد هذا الارجاع ممكنا ـ لان مثال كل جهة يوثر فى الثمن والمثمن ـ ولكن يوجب تكلفا فى بعض موارد.

والمادة ١٩٩تنص على ان:

الرضا الحاصل من الخطاء او الاكراه لا يوجب نفوذ المعاملة[٢].

اقول: لا معنى لحصول الرضا من الاكراه الا ان يكون الرضا فى هذه المادة اعم من القصد والمادة تعم الجهة ايضا وان كان بعض المدنيين يخصص هذه المادة بالمادة ٢٠٠ بالخطاء فى الموضوع فحسب[٣] ولكن لا نسلمه.

والمادة ٧٦٥ تنص بالصراحة على ان:

صلح الدعوى المبتنى على المعاملة الباطلة باطلة[٤].

---

١ ـ *السابق* : ١٣٠

٢ ـ *السابق* : ٦٠

٣ ـ *حقوق مدنى در نظم كنونى* : ٢٠٣

٤ ـ *مجموعه كامل قوانين ومقررات حقوقى* : ٩٩

الفهرس

الفهرس

مصادر التحقيق

مصادر التحقيق

هوية مصادر التحقيق وكتب التى استفدنا منها على ما جاءت به فى عناوينها المطبوعة على ترتيب الهجائية.

١ ـ إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان: حلى، علامه حسن بن يوسف بن مطهر اسدى، المحقق / المصحح: شيخ فارس حسون، الناشر: قم ـ دفتر انتشارات اسلامى، الطبعة الاولى ١٤١٠ هـ . ق.

٢ ـ الانتصار في انفرادات الإمامية: شريف مرتضى، على بن حسين موسوى، المحقق / المصحح: گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامى الناشر: قم ـ موسسة النشر الاسلامى، الطبعة: الاولى ١٤١٥ هـ . ق.

٣ ـ إيضاح الفوائد فى شرح مشكلات القواعد: حلّى، فخر المحققين، محمد بن حسن بن يوسف اسدى، المحقق / المصحح: سيد حسين موسوى كرمانى، شيخ على‌پناه اشتهاردى، شيخ عبدالرحيم بروجردى، الناشر: قم ـ مؤسسه اسماعيليان، الطبعة الاولى ١٣٨٧ هـ . ق.

٤ ـ تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية: حلى، علامه حسن بن يوسف بن مطهر اسدى، تحقيق: الشيخ ابراهيم البهادرى، الناشر: موسسة الامام الصادق (ع)، الطبعة الاولى ١٤٢٠ هـ . ق.

٥ ـ تحرير المجلة: كاشف الغطاء، محمد حسين، الناشر: مكتبة المرتضوية، الطبعة الاولى ١٣٥٩ هـ. ق.

٦ ـ ترمينولوژی حقوق: جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ناشر: کتابخانه گنج دانش، الطبعة احدی عشر ١٣٨٠ هـ. ش.

٧ ـ جامع المقاصد فی شرح القواعد: المحقق الكركی، المحقق الثانی، علی بن الحسين العاملی، المحقق / المصحح: لجنة التحقيق فی مؤسسة آل البيت عليهم السلام، الناشر: قم المقدسة مؤسسة آل البيت (ع) لإحياء التراث، الطبعة الثانية ١٤١٤ هـ. ق.

٨ ـ جامع الخلاف و الوفاق بين الإمامية و بين أئمة الحجاز و العراق: سبزواری، علی مؤمن قمی، المحقق / المصحح: شيخ حسين حسنی بيرجندی، الناشر: قم ـ زمينه سازان ظهور امام عصر عليه السلام، الطبعة الاولى ١٤٢١ هـ. ق.

٩ ـ جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام: صاحب الجواهر(النجفی)، محمد حسن بن باقر بن عبد الرحيم الناشر: بيروت ـ دار إحياء التراث العربی الطبعة: السابعة، المحقق / المصحح: الشيخ عباس القوچانی

١٠ـ الخلاف: طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، المحقق / المصحح: شيخ علی خراسانی سيد جواد شهرستانی شيخ مهدی طه نجف شيخ مجتبی عراقی، الناشر: قم ـ دفتر انتشارات اسلامی، الطبعة الاولى ١٤٠٧ هـ. ق.

١١ـ حاشية المكاسب: الآخوند الخراسانی، محمد كاظم بن حسين، المحقق / المصحح: السيد مهدی شمس الدين الناشر: طهران ـ وزارة الثقافة والإرشاد الإسلامی، الطبعة الأولى ١٤٠٦ هـ. ق.

١٢ـ حاشية كتاب المكاسب: الأصفهانی الكمپانی، الشيخ محمد حسين، المحقق / المصحح: عباس محمد آل سباع القطيفی، الناشر: قم المقدسة المحقق، الطبعة: الأولى ١٤١٨ هـ. ق.

١٣ـ حاشية كتاب المكاسب: الحاج ميرزا علی الايروانی الغروی، الناشر: قم ـ دار ذوی القربی الطبعة الاولى ١٤٢١ هـ. ق.

١٤ـ حاشية كتاب المكاسب: السيد محمد كاظم الطباطبايي اليزدي، المحقق: الشيخ محمد عباس محمد آل سباع القطيفي، الناشر: قم ـ دار المصطفى لاحياء التراث، الطبعة الأولى ١٤٢٣ هـ. ق.

١٥ـ حاشية المكاسب: الميرزا الشيرازي، محمد تقي، المحقق / المصحح: الشيخ على اليزدي، الناشر: قم ـ منشورات الشريف الرضي،الطبعة الأولى ١٤١٢ هـ. ق

١٦ـ حاشية كتاب المكاسب: الهمداني، آغا رضا بن محمد هادي، المحقق / المصحح: الشيخ محمد رضا الأنصاري القمي الناشر: قم ـ المؤلف، الطبعة الأولى ١٤٢٠ هـ. ق.

١٧ ـ الحاشية على البيع و الخيارات: المظفر، الشيخ محمد رضا

١٨ـ حقوق مدني (قواعد عمومي قراردادها): كاتوزيان، ناصر، ناشر: شركت سهامي انتشار، الطبعة الثالثة ١٣٧٤ هـ. ش.

١٩ـ الدروس الشرعية في فقه الإمامية: شهيد اول، محمد بن مكي عاملي، الناشر: قم ـ دفتر انتشارات اسلامي، الطبعة الثانية ١٤١٧ هـ. ق.

٢٠ـ رسائل الشريف المرتضى: شريف مرتضى، علي بن حسين موسوي، المحقق / المصحح: سيد مهدي رجائي، الناشر: قم ـ دار القرآن الكريم، الطبعة الاولى ١٤٠٥ هـ. ق.

٢١ـ الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية: الشهيد الثاني، زين الدين بن على بن أحمد العاملي، المحقق / المصحح: السيد محمد كلانتر، الناشر: قم المقدسة مكتبة الداوري، الطبعة الأولى ١٤١٠ هـ. ق.

٢٢ـ روضة الطالبين: محيي الدين النووي المحقق: الشيخ عادل احمد عبد الموجود، الشيخ على محمد المعوض، الناشر: بيروت دارالكتب العلمية

٢٣ ـ رياض المسائل: السيد على الطباطبائي، الناشر: موسسة آل البيت (ع) لاحياء التراث، الطبعة الاولى ١٤١٨ هـ. ق.

٢٤ ـ السرائر الحاوي لتحرير الفتاوي: حلّي، ابن ادريس، محمد بن منصور بن احمد، الناشر: قم ـ مؤسسة النشر الإسلامي، الطبعة الثانية

٢٥ ـ سؤال و جواب: اليزدي، السيد محمد كاظم بن عبد العظيم الطباطبائي، المحقق / المصحح: محقق الداماد، المدني البجستاني، الوحدتي الشبيري، الناشر: طهران ـ مركز نشر العلوم الإسلامي، الطبعة الأولى ١٤١٥ هـ. ق.

٢٦ ـ شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام: المحقق الحلّي، نجم الدين جعفر بن الحسن، المحقق / المصحح: عبد الحسين محمد علي بقال، الناشر: قم ـ مؤسسة إسماعيليان، الطبعة الثانية ١٤٠٨ هـ. ق.

٢٧ ـ العناوين الفقهية: الحسيني المراغي، السيد مير عبد الفتاح بن علي

٢٨ ـ عوائد الايام: احمد بن محمد مهدي النراقي، الناشر: مركز النشر التابع لمكتب الاعلام الاسلامي، الطبعة الاولى ١٤١٧ هـ. ق.

٢٩ ـ فقه مدني در نظم كنوني: كاتوزيان ناصر، الناشر: دادگستر نشر، ١٣٧٧ الطبعة: الثانية

٣٠ ـ فقه العقود: السيد كاظم الحائري، الناشر: قم ـ مجمع الفكر الاسلامي الطبعة الاولى ١٤٢١ هـ. ق.

٣١ ـ فقه المعاملات: مصطفوي، سيد محمد كاظم، الناشر: قم ـ مؤسسة النشر الإسلامي الطبعة الاولى ١٤٢٣ هـ. ق.

٣٢ ـ الفقه على المذاهب الاربعة: عبد الرحمن الحريري، الناشر: دار احياء التراث العربي الطبعة السابعة ١٤٠٦ هـ. ق.

٣٣ ـ قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام: حلي، علامه حسن بن يوسف بن مطهر اسدي، المحقق / المصحح: گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامي الناشر: قم ـ مؤسسة النشر الإسلامي الطبعة الاولى ١٤١٣ هـ. ق.

٣٤ ـ القواعد الفقهية: البجنوردي، حسن بن آغا بزرك الموسوي، الناشر: قم المقدسة نشر الهادي، المحقق / المصحح: مهدي مهريزي محمد حسن درايتي الطبعة الأولى ١٤١٩ هـ. ق

٣٥ ـ كتاب البيع (تقريرات): الإمام الخميني، السيد روح الله الموسوي، الناشر: مؤسسة تنظيم و نشر آثار الإمام الخميني قدس سره، المقرر: الشيخ حسن القديري

٣٦ ـ كتاب البيع: الإمام الخمينى، السيد روح الله الموسوى، الناشر: مؤسسة تنظيم و نشر آثار الإمام الخمينى قدس سره

٣٧ ـ كتاب البيع: الأراكى، الشيخ محمد على، الناشر: قم ـ مؤسسة فى طريق الحق الطبعة الأولى ١٤١٥ هـ. ق

٣٨ ـ كتاب البيع: الكوهكمرى، السيد محمد بن على الحجة، المقرر: الشيخ أبو طالب التجليل التبريزى، الناشر: قم ـ مؤسسة النشر الإسلامى، الطبعة الثانية ١٤٠٩ هـ. ق.

٣٩ ـ كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام: الفاضل الهندى، محمد بن الحسن بن محمد الأصبهانى، المحقق / المصحح: لجنة التحقيق فى مؤسسة النشر الإسلامى، الناشر: قم ـ مؤسسة النشر الإسلامى الطبعة الأولى ١٤١٦ هـ. ق.

٤٠ ـ اللمعة الدمشقية فى فقه الإمامية: الشهيد الأول، محمد بن مكى العاملى، الناشر: بيروت ـ دار التراث الدار الإسلامية، الطبعة الأولى ١٤١٠ هـ. ق.

٤١ ـ المجموع: النووى محيى الدين النووى، الناشر: دارالفكر

٤٢ ـ مختصر المعانى: سعد الدين تفتازانى، الناشر: قم دارالفكر ١٤١١ هـ. ق.

٤٣ ـ مسالک الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام: شهيد ثانى، زين الدين بن على بن احمد عاملى، الناشر: قم ـ مؤسسة المعارف الإسلامية، الطبعة الاولى ١٤١٣ هـ. ق.

٤٤ ـ المكاسب: الشيخ الأنصارى، مرتضى بن محمد أمين، الناشر: قم المؤتمر العالمى لتخليد ذكرى الشيخ الأعظم، الطبعة الأولى ١٤١٥ هـ. ق

٤٥ ـ مصباح الفقاهة: الخوئى، السيد أبو القاسم الموسوى المقرر: الشيخ محمد على التوحيدى

٤٦ ـ المغنى لابن قدامة: ابن قدامة، الناشر: دار الفكر، الطبعة: الاولى ١٤١٤ هـ. ق

٤٧ ـ مغنى المحتاج: محمد بن احمد الشربيانى، الناشر: بيروت دار احياء التراث العربى، ١٣٧٧ هـ. ق، ١٩٥٨ م.

٤٨ ـ مجموعه كامل قوانين ومقررات حقوقى: محمد رضا خسروى، ناشر: مجد الطبعة

الثانية ١٣٨٤.

٤٩ ـ مقابس الأنوار و نفائس الأسرار في أحكام النبي المختار و عترته الأطهار: الكاظمي التستري، الشيخ أسد الله

٥٠ ـ المكاسب و البيع: الميرزا النائيني، محمد حسين بن عبد الرحيم الغروي، الناشر: قم ـ مؤسسة النشر الإسلامي الطبعة الأولى ١٤١٣ هـ. ق.

٥١ ـ المقرر: الشيخ محمد تقي الآملي

٥٢ ـ منية الطالب في حاشية المكاسب: الميرزا النائيني، محمد حسين بن عبد الرحيم الغروي، المقرر: الشيخ موسى بن محمد النجفي الخوانساري، الناشر: طهران ـ المكتبة المحمدية الطبعة الأولى ١٣٧٣ هـ. ق.

٥٣ ـ المهذب البارع في شرح المختصر النافع: حلّي، جمال الدين احمد بن محمد اسدي، المحقق / المصحح: مجتبى عراقي، الناشر: قم ـ مؤسسة النشر الإسلامي، الطبعة الاولى ١٤٠٧ هـ. ق.

٥٤ ـ نظرية العقد في الفقه الجعفري: الحسني، هاشم معروف، الناشر: بيروت ـ منشورات مكتبة هاشم، الطبعة الأولى.

٥٥ ـ نهج الفقاهة: الطباطبائي الحكيم، السيد محسن، الناشر: قم ـ منشورات ٢٢ بهمن الطبعة الأولى.

٥٦ ـ الوسيلة: ابن حمزة الطوسي، تحقيق: الشيخ محمد الحسون، الناشر: مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي، الطبعة الاولى ١٤٠٨ هـ. ق.

٥٧ـ هداية الطالب إلى أسرار المكاسب: الشهيدي التبريزي، الميرزا فتاح، الناشر: قم ـ دار الفقه للطباعة والنشر، الطبعة الاولى ١٤٢٨ هـ. ق.